"Die Testamentsvollstreckung in der grundbuchrechtlichen Praxis"

Diplomarbeit

An der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege (FH),
Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen
Fachbereich Rechtspflege

Vorgelegt von Laura Weber aus Chemnitz

Meißen, 26. Mai 2019

<u>Gliederung</u>

	Seite
A. Einleitung	1
B. Allgemeine Grundlagen	2
I. Anordnung der Testamentsvollstreckung und Ernennung des	2
Testamentsvollstreckers	
II. Beginn des Amtes als Testamentsvollstrecker	3
1. Annahme des Amtes	3
2. Nachweis der Amtsinhaberschaft	3
III. Aufgaben und Arten der Testamentsvollstreckung	4
1. Allgemein	4
2. Abwicklungsvollstrecker § 2203 BGB	5
3. Verwaltungsvollstrecker § 2209 S. 1 Hs. 1 BGB	5
4. Dauervollstrecker § 2209 S. 1 Hs. 2 BGB	5
5. Nacherbenvollstrecker § 2222 BGB	5
6. Vermächtnisvollstrecker § 2223 BGB	6
7. Testamentsvollstrecker mit beschränktem Aufgabenkreis	6
§ 2208 BGB	
IV. Beendigung des Amtes	7
Dauer der Testamentsvollstreckung	7
2. Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckers	7
a. Erlöschen des Amtes gemäß § 2225 BGB	7
b. Kündigung des Testamentsvollstreckers § 2226 BGB	8
c. Entlassung des Testamentsvollstreckers § 2227 BGB	9
3. Beendigung für einzelne Gegenstände	10
4. Wirkungen und Folgen	11

C. Der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch	12
I. Zweck des Testamentsvollstreckervermerks	12
II. Grundbuchberichtigung	12
III. Eintragung des Vermerkes im Grundbuch 1. Allgemeines	14 14
Z. Eintragungsvermerk	15
3. Wirkung	16
IV. Löschung des Vermerkes im Grundbuch	16
Zeitpunkt der Löschung	16
2. Amtslöschung gemäß §§ 84 ff. GBO	17
3. Löschung auf Antrag gemäß § 13 Abs. 1 GBO	17
V. Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch	19
anstelle des Testamentsvollstreckervermerks	
D. Der Testamentsvollstrecker im Grundbuchverkehr	20
I. Grundsätze im Grundbuchverfahren	20
II. Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers	20
1. Allgemeine Verfügungsbefugnis	20
2. Nachweis der Verfügungsbefugnis	21
3. Beschränkungen der Verfügungsbefugnis	22
a. Beschränkungen des Erblassers § 2208 BGB	22
b. Unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers § 2205	24
S. 3 BGB	
c. Verbot des Selbstkontrahierens § 181 BGB	26
4. Wegfall der Verfügungsbefugnis	28
5. Beteiligung eines in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben	29
6. Kollision mit Vollmachten	29
a. Testamentsvollstrecker zugleich als Bevollmächtigter	29
b. Konkurrenz zwischen Testamentsvollstrecker und anderen	30
Bevollmächtigten	

III. Veräußerung des Grundbesitzes durch den Testamentsvoll-	31
strecker	
1. Grundsätze der Veräußerung	31
2. Eintragung der Auflassungsvormerkung	31
3. Eintragung der Finanzierungsgrundschuld	32
4. Veräußerung des Grundbesitzes	32
IV. Erwerb durch den Testamentsvollstrecker	34
V. Erfüllung von Anordnungen des Erblassers	35
1. Anordnungen	35
2. Teilungsplan	35
VI. weitere Grundstücksgeschäfte	36
1. Grundpfandrechte	36
a. Bestellung und Abtretung	36
b. Löschung, Freigabe, Rangrücktritt und Rangvorbehalt	38
2. Gewährung einer Grundstücksausstattung	39
3. Betriebs- und Hofübergabe	39
4. Grundstücksvereinigung und Bestandteilszuschreibung	40
5. Ausübung und Löschung des Vorkaufsrechts	41
6. Freigabe an die Erben	42
<u>E. Fazit</u>	43

Abkürzungsverzeichnis

Abs. = Absatz

a.a.O. am angegebenen Ort

a.A. = andere Ansicht

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch

Bst. = Buchstabe

bzw. = beziehungsweise

Einf. = Einführung

FamFG = Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den

Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

GBV = Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung

GG = Grundgesetz

ggf. = gegebenenfalls

GrdstVG = Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur

und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe

(Grundstücksverkehrsgesetz)

Hs. = Halbsatz

i.S.d. = im Sinne des

i.S.v. = im Sinne von

i.V.m. = in Verbindung mit

Nr. = Nummer

RPflG = Rechtspflegergesetz

S. = Satz

SächsJOrgVO = Sächsische Justizorganisationsverordnung

vgl. = vergleiche

z.B. = zum Beispiel

A. Einleitung

Nach dem deutschen Erbrecht geht das gesamte Vermögen des Erblassers im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Erben über. Der Erblasser kann dabei durch Anordnung in seiner letztwilligen Verfügung in verschiedener Art und Weise auf den Nachlass einwirken und insbesondere durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Durchsetzung seines Willens sichern. So werden die Erben zwar Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers, jedoch wird dem Testamentsvollstrecker die Herrschaft über den Nachlass übertragen.

Um mit der Testamentsvollstreckung erfolgreich dem Willen des Erblassers zu entsprechen, müssen viele Faktoren berücksichtigt werden. Der Erblasser muss die Testamentsvollstreckung an seine konkreten Bedürfnisse anpassen und sie dementsprechend anordnen. Er kann dabei die regelmäßigen Befugnisse des Vollstreckers beschränken. Somit ist der Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers immer am Willen des Erblassers zu ermitteln.

Im Folgenden wird die Bedeutung der angeordneten Testamentsvollstreckung für die grundbuchrechtliche Praxis erläutert. Es wird dabei beleuchtet, welche Befugnisse dem Testamentsvollstrecker zustehen und welche Vorteile die Anordnung einer Testamentsvollstreckung bringen kann.

Es werden zunächst die allgemeinen Grundlagen der Testamentsvollstreckung verdeutlicht. Anschließend wird der Zweck des Testamentsvollstreckervermerks erläutert, welcher gemäß § 52 GBO immer von Amts wegen mit der Eintragung der Erben als neue Eigentümer bzw. Rechtsinhaber gleichzeitig im Grundbuch einzutragen ist. Dabei wird dargestellt, wie die Grundbuchberichtigung und die Eintragung bzw. auch die Löschung des Vermerkes im Grundbuch zu vollziehen sind.

Dabei wird besonders das Handeln des Testamentsvollstreckers im Grundbuchverkehr betrachtet. Es wird zunächst die Verfügungsbefugnis des Vollstreckers erläutert und wie diese dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen ist bzw. wie diese beschränkt wurde. Es wird dabei auch auf die Beteiligung von beschränkt geschäftsfähigen Erben, sowie auf die Kollision mit etwa bestehenden Vollmachten eingegangen. Zuletzt werden einzelne, vom Testamentsvollstrecker getroffene, Grundstücksverfügungen begutachtet und welche Besonderheiten sich bei diesen im Einzelnen ergeben.

B. Allgemeine Grundlagen

I. Anordnung der Testamentsvollstreckung und Ernennung des Testamentsvollstreckers

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist von der Ernennung des Testamentsvollstreckers zu trennen. Wohingegen in der Ernennung einer Person zum Testamentsvollstrecker immer gleichzeitig die Anordnung der Vollstreckung als solche liegt, kann der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung auch lediglich diese anordnen, ohne zwingend gleichzeitig eine Person für das Amt zu bestellen.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung erfolgt gemäß § 2197 Abs. 1 BGB durch ein wirksames Testament des Erblassers. Da bei der Errichtung des Testaments eine Vertretung des Erblassers gemäß den §§ 2064, 2065 BGB nicht zulässig ist, kann die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht durch Dritte oder das Nachlassgericht getroffen werden. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist in einem gemeinschaftlichen Testament gemäß den §§ 2265, 2270 Abs. 3 BGB und in einem Erbvertrag gemäß den §§ 2299 Abs. 1, 2278 Abs. 2 BGB nur als einseitige Verfügung möglich, da sie weder vertraglich bindend noch wechselbezüglich ist.¹ Daher handelt es sich in einem gemeinschaftlichen Testament stets um zwei voneinander unabhängige Fälle der Testamentsvollstreckung, auch wenn diese sowohl für den Nachlass des Erstversterbenden als auch für den des Letztversterbenden angeordnet ist.²

In seiner letztwilligen Verfügung legt der Erblasser die Rahmenbedingungen der Testamentsvollstreckung fest. Er bestimmt demnach, ob er diese bedingt, auf einen bestimmten Erbteil, einen Nachlassteil oder einzelnen Gegenstand eingrenzt oder anderweitig beschränkt. Eine konkrete Bezeichnung als Testamentsvollstrecker ist nicht notwendig, so dass die Bezeichnungen als Pfleger, Bevollmächtigter oder Verwalter unter Umständen genügen würden.³ Der entsprechende Erblasserwille ist stets durch Auslegung zu ermitteln.

Die Ernennung einer bestimmten Person zum Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung des Erblassers ist gemäß § 2197 Abs. 1 BGB möglich, aber nicht zwingend notwendig. Der Erblasser kann auch mehrere Personen zu gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern oder, für den Fall dass der Ersternannte wegfällt, nach § 2197 Abs. 2 BGB einen Ersatzvollstrecker bestimmen.

¹ Vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, § 19, Rn. 6.

² Vgl. BayObLG, BayObLGZ, 1985, 233 f.

³ Vgl. Firsching/Graf/Krätzschel, § 19, Rn. 5.

Ist neben der Anordnung keine Person für das Amt des Testamentsvollstreckers ernannt, kann gemäß den §§ 2198 Abs. 1, 2200 Abs. 1 BGB eine dritte Person dazu bestimmt oder das Nachlassgericht darum ersucht werden, diese Bestimmung zu treffen. Ebenfalls kann der bereits bestellte Testamentsvollstrecker selbst einen neuen Testamentsvollstrecker auswählen, wenn er gemäß § 2199 BGB dazu ermächtigt ist.

Für das Amt ist jede natürliche oder auch juristische Person geeignet, welche nicht nach § 2201 BGB untauglich ist, z.B. bei Geschäftsunfähigkeit. Es sollte eine Person sein, die das volle Vertrauen des Erblassers genießt und ausreichend Zeit und genügend menschliche und fachliche Kompetenz für das Amt mitbringt.⁴

II. Beginn des Amtes als Testamentsvollstrecker

1. Annahme des Amtes

Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt nicht unmittelbar mit dem Erbfall, sondern gemäß § 2202 Abs. 1 BGB erst mit der Annahme des Amtes. Die Annahme erfolgt gemäß § 2202 Abs. 2 BGB durch eine Erklärung des zukünftigen Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht. Diese darf erst nach Eintritt des Erbfalls abgegeben werden und nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung stehen. Die Annahmeerklärung unterliegt keiner bestimmten Form. Sie kann privatschriftlich oder mündlich zu Protokoll des Nachlassgerichts oder zu Protokoll der Geschäftsstelle eines beliebigen Amtsgerichtes abgegeben werden (§ 2 Abs. 3 FamFG).

2. Nachweis der Amtsinhaberschaft

Hat der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt, so ist gemäß § 352b Abs. 2 FamFG die Ernennung im Erbschein anzugeben. Dadurch wird die Verfügungsbeschränkung der Erben Dritten gegenüber bekanntgemacht. Es sind deshalb auch angeordnete Beschränkungen der Testamentsvollstreckung zu vermerken, wie z.B. wenn dieser nur einzelne Nachlassgegenstände unterliegen. Der Erbschein dient allerdings nicht zum Zeugnis der Amtsinhaberschaft des Testamentsvollstreckers. Der Vermerk dient dazu, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis der Erben zu zerstören.⁵ Es werden keine Angaben zum

⁴ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 2, Rn. 141.

⁵ Vgl. OLG Frankfurt, WM 1993, 805.

Namen des Testamentsvollstreckers oder zur Annahme des Amtes gemacht.⁶ Diese Angaben ergeben sich gemäß § 2368 S.2 BGB i.V.m. §§ 352 ff. FamFG nur aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis.

Das Testamentsvollstreckerzeugnis, welches gemäß § 2368 S. 1 BGB auf Antrag erteilt werden kann, dient zur Legitimation des Testamentsvollstreckers. Antragsberechtigt sind sowohl der Testamentsvollstrecker selbst als auch die Nachlassgläubiger,⁷ jedoch nach herrschender Meinung nicht die Erben aufgrund ihres fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses.⁸

Die Entscheidung über den Antrag trifft nach §§ 342 Abs. 1 Nr. 6, 343 Abs. 1 FamFG und § 16 Abs. 1 Nr. 6 RpflG der Richter des Nachlassgerichtes an dem Ort, an welchem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. In Sachsen ist diese Zuständigkeit gemäß § 5a SächsJOrgVO, § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 RpflG an den Rechtspfleger übertragen. Das Testamentsvollstreckerzeugnis beinhaltet den Namen und Todeszeitpunkt des Erblassers, den Namen des Testaments-vollstreckers, sowie falls vorhanden angeordnete Beschränkungen, soweit diese für die Gutglaubensfunktion von Bedeutung sind.⁹

Der Testamentsvollstrecker kann sich darüber hinaus auch durch Vorlage eines europäischen Nachlasszeugnisses oder des öffentlichen Testaments samt der Eröffnungsniederschrift und einem Annahmezeugnis ausweisen. Wenn jedoch ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt ist, ist nicht mehr auf das Testament zurückzugreifen.¹⁰

III. Aufgaben und Arten der Testamentsvollstreckung

1. Allgemein

Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers unterscheiden sich je nachdem, welche Art der Testamentsvollstreckung vorliegt. Es ist durch Auslegung zu ermitteln, welchen Aufgabenkreis der Testamentsvollstrecker haben soll. Die vom Regeltypus abweichenden Befugnisse und Beschränkungen müssen in der letztwilligen Verfügung deutlich zum Ausdruck kommen oder sich aus den Umständen klar ergeben. Beschränkt ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich durch ein Schenkungsverbot gemäß § 2205 S. 3 BGB und ggf. durch entsprechende Anordnungen des Erblassers nach § 2208 BGB.

⁶ Vgl. Zimmermann, Rn. 232.

⁷ Vgl. Zimmermann, Rn. 253a.

⁸ Vgl. OLG Hamm, NJW 1974, 505.

⁹ Vgl. Zimmermann, Rn. 268 f.

¹⁰ Vgl. BayObLG, FamRZ 1999, 474.

¹¹ Vgl. Bengel/Reimann, § 1, Rn. 63.

2. Abwicklungsvollstrecker § 2203 BGB

Ist nichts Spezielles im Testament zur Art der Testamentsvollstreckung geregelt, so gilt die Abwicklungsvollstreckung als gesetzlicher Regelfall. Die Aufgabe des Abwicklungsvollstreckers besteht darin, vollumfänglich den letzten Willen des Erblassers auszuführen, den Nachlass zu verwalten und auch die Erbauseinandersetzung gemäß § 2204 BGB zu bewirken. Den Erben steht dann gemäß § 2211 Abs. 1 BGB keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mehr über den Nachlass zu, sondern nur noch dem Testamentsvollstrecker allein (vgl. hierzu Ausführungen unter D.II). Es gelten für ihn die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß §§ 2206, 2216 BGB.

3. Verwaltungsvollstreckung § 2209 S. 1 Hs. 1 BGB

Die Aufgabe des Verwaltungsvollstreckers liegt ausschließlich in der Verwaltung des Nachlasses. Andere Aufgaben, wie z.B. die Bewirkung der Erbauseinandersetzung, sind von ihm nicht wahrzunehmen. Der Erblasser kann den Verwaltungsvollstrecker auch auf einzelne Verwaltungsaufgaben beschränken, 12 wie z.B. das Zusammenhalten des Vermögens (wie bei Unternehmen) oder den Ausschluss des Ehegatten des Erben auf das geerbte Vermögen.

4. Dauervollstrecker § 2209 S. 1 Hs. 2 BGB

Der Dauervollstrecker hat auch nach Erledigung sonstiger Aufgaben den Nachlass zu verwalten. Dies zieht eine zeitliche Aneinanderreihung von Abwicklungs- und Verwaltungsvollstreckung nach sich. 13 Damit können die Erben nicht frei über ihr Erbe verfügen, obwohl der Erblasserwille bereits ausgeführt und die Erbauseinandersetzung schon erfolgt ist. Gewollt ist damit die fürsorgliche Bevormundung der Erben. 14 Der Nachlass soll somit nutzbar gemacht und es sollen langfristige Erträge erzielt werden.

5. Nacherbenvollstrecker § 2222 BGB

Der Nacherbenvollstrecker soll die Rechte und Pflichten des Nacherben wahrnehmen. ¹⁵ Die Verwaltung des Nachlasses fällt nicht in sein Aufgabengebiet, er ist jedoch gemäß §§ 2120, 2123 BGB dazu verpflichtet, den Vorerben bei der Verwaltung zu unterstützen.

¹² Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2209, Rn. 1; Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2209, Rn. 1; Zimmermann, Rn. 151.

¹³ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2209, Rn. 2.

¹⁴ Vgl. *Bengel/*Reimann, § 1, Rn. 145.

¹⁵ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2222, Rn. 1; Zimmermann, Rn. 166.

Der Nacherbenvollstrecker ist gemäß den §§ 2116 ff. BGB dazu befugt, den Vorerben zu beaufsichtigen und gegebenenfalls nach den §§ 2113 ff. BGB seine Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben über Nachlassgegenstände zu erteilen. So kann sichergestellt werden, dass die Rechte des Nacherben gewahrt werden, auch wenn dieser dazu nicht selbst in der Lage ist, z.B. wenn der Nacherbe ein kleines Kind ist.

6. Vermächtnisvollstrecker § 2223 BGB

Der Vermächtnisvollstrecker muss die Ausführung von Beschwerungen sicherstellen, welche dem Vermächtnisnehmer auferlegt worden, wie z.B. Auflagen (§ 2192 BGB) oder Unter- oder Nachvermächtnisse (§§ 2186, 2191 BGB). Er kann jedoch auch für die Verwaltung des einem durch Vermächtnis zugewandten Gegenstandes zuständig sein.¹⁶

Die Besonderheit bei dieser Art der Testamentsvollstreckung liegt darin, dass hier auch die Möglichkeit für den Alleinerben oder Miterben besteht, das Amt des Testamentsvollstreckers innezuhaben, da anstelle des Nachlasses hier das beschwerte Vermächtnis tritt. Es besteht somit kein Interessenskonflikt.¹⁷ Im Erbschein wird der Vermächtnisvollstrecker nicht genannt, da Vermächtnisse dort nie erwähnt werden,¹⁸ die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ist jedoch möglich.¹⁹

7. Testamentsvollstrecker mit beschränktem Aufgabenkreis § 2208 BGB

Der Erblasser kann gemäß § 2208 BGB die Befugnisse des Testaments-vollstreckers auf unterschiedliche Art und Weise beschränken. Er kann z.B. dahingehend beschränkt werden, dass nur die Erbteile bestimmter Erben der Testamentsvollstreckung unterliegen oder er soll nur mit Zustimmung der Erben Verbindlichkeiten für den Nachlass eingehen können gemäß § 2205 S. 1 BGB.

Es ist auch denkbar, die Testamentsvollstreckung gemäß § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB auf einen oder mehrere bestimmte Gegenstände zu beschränken. Ebenso ist eine beaufsichtigende Vollstreckung gemäß § 2208 Abs. 2 BGB durch den Testamentsvollstrecker möglich. Dabei stehen dem Testamentsvollstrecker nicht die Befugnisse nach §§ 2203 bis 2206 BGB zu, sondern er hat lediglich den Anspruch gegenüber den Erben, die Ausführung der betreffenden Verfügungen zu verlangen.

¹⁶ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2223, Rn. 2.

¹⁷ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2223, Rn. 2.

¹⁸ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2223, Rn. 2.

¹⁹ Vgl. BayObLG, BayObLGZ 1986, 37.

IV. Beendigung des Amtes

1. Dauer der Testamentsvollstreckung

Für die Dauer der Testamentsvollstreckung ist neben den gesetzlich geregelten Beendigungstatbeständen die Anordnung des Erblassers maßgebend. Mit dem Ablauf der vom Erblasser gesetzten Frist oder der Erfüllung einer auflösenden Bedingung endet die Testamentsvollstreckung. Ein Beispiel dafür wäre, wenn der Erblasser bestimmt, dass der Testamentsvollstrecker den Nachlass zehn Jahre lang verwalten soll. Ansonsten fällt die zeitliche Grenze je nach Art der Testamentsvollstreckung unterschiedlich aus. Im Gesetz ist lediglich die Höchstdauer von dreißig Jahren für die Dauer- und Verwaltungsvollstreckung im § 2210 S. 1 BGB geregelt. Es soll damit verhindert werden, dass den Erben für immer die Herrschaft über den Nachlass entrissen wird. Die Testamentsvollstreckung kann jedoch auch über die dreißigjährige Frist hinaus bestehen, wenn der Erblasser dies unter den Voraussetzungen des § 2210 S. 2 BGB anordnet.

Für die Abwicklungsvollstreckung ist eine zeitliche Begrenzung entbehrlich, da sie sich normalerweise in angemessener Zeit erledigt (bei schuldhafter Verzögerung hilft nur die Entlassung).²¹ Sie endet mit vollständiger Erledigung der zugewiesenen Aufgaben. Das Amt kann demnach über den 30-Jahreszeitraum fortbestehen, wenn nach Verteilung der Nachlassgegenstände noch sonstige Aufgaben auszuführen sind, die keine Verwaltungsvollstreckung darstellen, wie z.B. die Überwachung einer Auflage.²²

Bei einer Nacherbenvollstreckung erlischt die Testamentsvollstreckung nach § 2222 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls.

2. Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckers

a. Erlöschen des Amtes gemäß § 2225 BGB

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt gemäß § 2225 Alt. 1 BGB mit seinem Tod. Sein Amt ist nicht vererblich. Jedoch sind gemäß §§ 2218 Abs. 1, 673 S. 2 BGB durch die Erben des Testamentsvollstreckers Geschäfte in Eilfällen fortzuführen, bis die Erben oder ein nachfolgender Testamentsvollstrecker Fürsorge treffen können. Ebenfalls geht die Pflicht zur Herausgabe des

²⁰ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2210, Rn. 1.

²¹ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2210, Rn. 1.

²² Vgl. Palandt/Weidlich, § 2210, Rn. 1; Burandt/Rojahn/Heckschen, § 2210, Rn. 2.

Nachlasses, die Informationspflichten und die Rechenschaftspflicht des Testamentsvollstreckers auf die Erben über gemäß §§ 2218 Abs. 1, 666 BGB. In dem Fall, dass der Testamentsvollstrecker verschollen ist, kann er gemäß § 2227 BGB entlassen werden, so dass sich eine Todeserklärung erübrigt.²³

Ist eine juristische Person zum Testamentsvollstrecker bestellt worden, dann steht der Verlust der Rechtsfähigkeit dem Tod gleich.²⁴ Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt gemäß § 2225 BGB analog. Bei handelsrechtlichen Umwandlungen oder Verschmelzungen ist die Falllage umstritten. Es ist dabei auf den Willen des Erblassers abzustellen. Meist wird eine Begutachtung der letztwilligen Verfügung dazu führen, dass der Nachfolgerechtsträger die Testamentsvollstreckung weiterhin führen soll.²⁵

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt nach § 2225 Alt. 2, 2201 BGB ferner, wenn dieser nachträglich geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt (§ 106 BGB) wird oder nach § 1896 BGB zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Betreuer erhält.

b. Kündigung des Testamentsvollstreckers § 2226 BGB

Der Testamentsvollstrecker kann gemäß § 2226 S. 1 BGB jederzeit sein Amt kündigen. Diese Kündigung wird wirksam mit Eingang beim Nachlassgericht (§ 130 BGB), gegenüber dem sie gemäß § 2226 S. 2 BGB erklärt werden muss oder zu einem späteren Zeitpunkt, wenn dieser in der Kündigung festgelegt wurde. Sie ist also durch das Nachlassgericht empfangsbedürftig, aber durch einfache Erklärung formlos möglich. 27

Wenn mehrere Testamentsvollstrecker ernannt sind, kann jeder für sich sein Amt kündigen. Die restlichen Vollstrecker führen dann die Testamentsvollstreckung gemäß § 2224 Abs. 1 S. 2, 3 BGB weiter, soweit der Erblasser nichts Gegenteiliges in seiner letztwilligen Verfügung bestimmt hat.

Gegebenenfalls möchte der Testamentsvollstrecker nur einen Teil seines Amtes kündigen. Dies geht allerdings nur, wenn der Erblasser das in seiner letztwilligen Verfügung ausdrücklich gestattet und die Trennbarkeit möglich ist. ²⁸ Andernfalls ist fraglich, ob das Amt vollumfänglich endet oder es vollumfänglich fortbesteht. Nach herrschender Meinung endet das Amt im ganzen Umfang, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Testamentsvollstrecker der nur noch

²³ Vgl. Zimmermann, Rn. 830.

²⁴ Vgl. Burandt/Rojahn/ *Heckschen*, § 2225, Rn. 1, 4; Zimmermann, Rn. 831.

²⁵ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 12.

²⁶ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 15.

²⁷ Vgl. Palandt/Weidlich, § 2226, Rn. 1.

²⁸ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2226, Rn. 4; Zimmermann, Rn. 827.

eingeschränkt sein Amt ausüben möchte, weiterhin gänzlich nach dem Willen des Erblassers handelt.²⁹

Der Testamentsvollstrecker kann sich gegenüber den Erben dazu verpflichten, sein Amt niederzulegen. Jedoch darf er durch eine solche Vereinbarung nicht in seiner Unabhängigkeit berührt werden.³⁰ Unzulässig ist demnach eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, sein Amt jederzeit auf Verlangen der Erben niederzulegen.³¹ Es kann allerdings die Amtsniederlegung mit Eintritt eines bestimmten Ereignisses, z.B. Verheiratung, vereinbart werden.³² Das Amt des Testamentsvollstreckers endet dann mit Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Die Nichteinhaltung der vertraglichen Vereinbarung könnte unter Umständen zu einer Klage der Erben vor dem Prozessgericht führen oder sogar einen Entlassungsgrund (§ 2227 BGB) darstellen.³³

c. Entlassung des Testamentsvollstreckers § 2227 BGB

Die Entlassung des Testamentsvollstreckers ist der Ersatz dafür, dass den Erben kein Widerrufsrecht zusteht.³⁴ Das Instrumentarium der Daueraufsicht, dass in anderen Fällen der Fremdverwaltung schon von Gesetzes wegen vorgesehen ist, fehlt beim Testamentsvollstrecker und so ist die Einwirkungsmöglichkeit des Nachlassgerichts auf die Entlassungsmöglichkeit reduziert.³⁵

Das Nachlassgericht kann gemäß § 2227 Hs. 1 BGB den Testamentsvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Eine solche Entscheidung des Nachlassgerichtes bewirkt die endgültige Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes.

Die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist durch das Nachlassgericht zu klären. Nach § 2227 Hs. 2 BGB liegt ein wichtiger Grund insbesondere bei einer groben Pflichtverletzung oder der Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vor. Als grobe Pflichtverletzung ist jedes erhebliche und schuldhafte Zuwiderhandeln gegen die dem Testamentsvollstrecker auferlegten Pflichten oder gegen die nach der erkennbaren Ansicht des Erblassers von dem Vollstrecker zu wahrenden Interessen anzusehen. Verschulden ist hier vorausgesetzt. Beispiele dafür wären die Untätigkeit des Vollstreckers oder auch die Bevorzugung eines oder einiger Erben.

²⁹ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2226, Rn. 4; Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 18.

³⁰ Vgl. Burandt/Rojahn/Heckschen, § 2226, Rn. 5; Bengel/Reimann, § 7, Rn. 20.

³¹ Vgl. BGH, NJW 1962, 913; Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2226, Rn. 4; Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 20.

³² Vgl. Zimmermann, Rn. 826.

³³ Vgl. Zimmermann, Rn. 826.

³⁴ Vgl. Zimmermann, Rn. 793.

³⁵ Vgl. Zimmermann, a.a.O.

³⁶ Vgl. Bengel/Reimann, § 7, Rn. 24.

Die Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung liegt verschuldensunabhängig vor, wenn der Testamentsvollstrecker aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Amtsausübung für längere Zeit verhindert ist und dadurch die Interessen der Beteiligten und des Nachlasses gefährdet werden.³⁷ Ein Beispiel dafür wäre eine Krankheit des Testamentsvollstreckers insoweit dieser dadurch sein Amt nicht vollumfänglich ausüben kann.

Die Aufzählung des § 2227 Hs. 2 BGB ist nicht abschließend. Es kommen daher auch verschuldensunabhängig noch andere wichtige Gründe in Betracht, wie z.B. das Misstrauen der Erben in die unparteiliche Amtsführung des Vollstreckers, ein Interessensgegensatz zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben oder auch die Unwissenheit über den Umfang und die Art hoher Nachlassverbindlichkeiten trotz jahrelanger Erfahrung als Testamentsvollstrecker.³⁸

Bei Vorliegen eines solchen Grundes ist durch einen Beteiligten ein entsprechender Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers zu stellen. Antragsberechtigt ist jeder Beteiligter, dessen Rechte und Pflichten unmittelbar betroffen sind.³⁹ Das Gericht hat dann die Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen (§ 26 FamFG). Es sind der Testamentsvollstrecker und alle Miterben anzuhören, welche nicht den Antrag gestellt haben (Art. 103 GG).⁴⁰

Die Entscheidung über den Entlassungsantrag steht dann im Ermessen des Gerichtes. Zuständig für die Entscheidung ist der Richter gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 5 RpflG. Diese Zuständigkeit ist gemäß § 5a SächsJOrgVO i.V.m. §§ 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RpflG in Sachsen dem Rechtspfleger übertragen, soweit der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht selbst ernannt oder einen Dritten zu dessen Ernennung bestimmt hat. Als Entscheidung, welche gemäß § 38 FamFG durch Beschluss ergeht, kommt entweder die Zurückweisung des Antrages oder die Entlassung des Testamentsvollstreckers in Frage. Mit Zustellung an den Entlassenen endet das Amt ohne Rücksicht auf die Rechtskraft der Entscheidung.⁴¹ Als Rechtsmittel hiergegen ist die befristete Beschwerde gemäß §§ 58, 63 FamFG statthaft.

3. Beendigung für einzelne Gegenstände

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände gemäß § 2217 BGB durch Freigabe an die Erben. Diese führt zu einem endgültigen Ausscheiden der betreffenden Gegenstände aus der

³⁷ Vgl. BayObLG, FamRZ 91, 235; Palandt/Weidlich, § 2227, Rn. 4.

³⁸ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2227, Rn. 10; Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 29.

³⁹ Vgl. Palandt/Weidlich, § 2227, Rn. 7; Burandt/Rojahn/Heckschen, § 2227, Rn. 3.

⁴⁰ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 35.

⁴¹ Vgl. BayObLG, BayObLGZ 1969, 142; Bengel/Reimann, § 7, Rn. 37.

Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers. Zudem endet das Amt des Testamentsvollstreckers über einzelne Gegenstände oder Erbteile auch bei deren wirksamer Veräußerung.

4. Wirkungen und Folgen

Durch Beendigung des Amtes endet die Testamentsvollstreckung als Ganzes nur, wenn ein weiterer Vollstrecker nicht mehr vorhanden ist § 2224 Abs. 1 S. 2 BGB und der Erblasser keine Ersatzbestimmung gemäß §§ 2197 bis 2200 BGB getroffen hat. In dem Fall, dass die Testamentsvollstreckung als solche endet, wird der Erbschein, auf welchem die Anordnung der Testamentsvollstreckung gemäß § 352b Abs. 2 FamFG vermerkt ist, unrichtig. Er kann dann berichtigt werden, indem der alte Erbschein eingezogen wird und ein neuer Erbschein ohne Vermerk über die angeordnete Testamentsvollstreckung ausgestellt wird.⁴²

Das Testamentsvollstreckerzeugnis wird nach der Beendigung des Amtes gemäß § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB von selbst kraftlos. Das Zeugnis soll zur Wahrung der Rechtssicherheit von Amts wegen zurückgefordert werden, da es nicht im Sinne von § 2361 BGB eingezogen oder für kraftlos erklärt werden kann. ⁴³ Es ist dann entweder bei den Gerichtsakten zu behalten oder es kann auf ihm vermerkt werden, wann das Amt erloschen ist. ⁴⁴

Mit Beendigung des Amtes erlöschen alle Befugnisse des Testaments-vollstreckers. Jedoch gilt zum Schutz des Vollstreckers sein Amt als solange fortbestehend, bis er selbst Kenntnis vom Wegfall erlangt gemäß §§ 2218 Abs. 1, 674 BGB. Es werden ebenso gutgläubige Dritte geschützt, welche vom unbefugten Testamentsvollstrecker Nachlassgegenstände erwerben (§§ 2218 Abs. 1, 674, 169 BGB) und soweit es sich um Grundstücksgeschäfte handelt, solange der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch eingetragen ist (§ 892 BGB).⁴⁵

Nach der Beendigung des Amtes ist durch den Testamentsvollstrecker Rechenschaft abzulegen, der Nachlass an die Erben herauszugeben und wenn nötig eine eidesstattliche Versicherung hierüber abzugeben. ⁴⁶ Der Testamentsvollstrecker hat Vollmachten, welche er aufgrund seines Amtes erteilt hat, zurückzuverlangen. ⁴⁷

⁴² Vgl. OLG Hamm, OLGZ 1983, 59.

⁴³ Vgl. Burandt/Rojahn/*Gierl*, § 2368, Rn. 17; Bengel/*Reimann*, § 7, 121 ff.

⁴⁴ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 144.

⁴⁵ Vgl. Zimmermann, Rn. 844.

⁴⁶ Vgl. Burandt/Rojahn/*Heckschen*, § 2225, Rn. 6; Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 143.

⁴⁷ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 141.

C. Der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch

I. Zweck des Testamentsvollstreckervermerks

Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks erfolgt gemäß § 52 GBO gleichzeitig mit Eintragung der Erben im Grundbuch, soweit der unbewegliche Nachlassgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Der Erbe kann über diesen gemäß § 2211 Abs. 1 BGB nicht mehr verfügen. Mit der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks wird der gutgläubige Erwerb des unbeweglichen Nachlassgegenstandes gemäß §§ 2211 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 2 BGB vom nicht berechtigten Erben verhindert.

II. Grundbuchberichtigung

Mit dem Erbfall geht gemäß § 1922 BGB das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf die Erben über. War der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes Eigentümer eines Grundstücks oder Inhaber eines Grundstücksrechts, so geht das Eigentum bzw. die Rechtsinhaberschaft kraft Universalsukzession auf die Erben über. Das Grundbuch wird damit unrichtig.

Antragsberechtigt gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 GBO ist der von der Eintragung unmittelbar Betroffene oder Begünstigte. Zur Eintragung der Grundbuchberichtigung somit der verfügungsbefugte Testamentsvollstrecker ist antragsberechtigt. Die Befugnis eines Testamentsvollstreckers ist gemäß § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO durch das Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) oder durch ein Europäisches Nachlasszeugnis nachzuweisen. Dieses ist gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 GBO in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen. Ebenso ist gemäß § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1, 29 Abs. 1 S. 1 GBO zur Legitimation des Testamentsvollstreckers die Vorlage der beglaubigten Abschrift einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen samt beglaubigter Abschrift der Niederschrift über deren Eröffnung möglich. Dabei muss zusätzlich die Amtsannahme des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden, da erst mit der Annahme sein Amt beginnt (§ 2202 Abs. 1, 2 BGB) und er damit die Verfügungsbefugnis erlangt. Ein solcher Nachweis ist durch die Niederschrift über die Annahmeerklärung oder durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme zu führen.⁴⁸ Ein Verweis auf die Nachlassakten ist dabei nicht ausreichend, wenn diese lediglich eine privatschriftliche Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers enthalten. 49 Zeugnisse des Nachlassgerichts können bei

⁴⁸ Vgl. Demharter, § 35 Rn. 63; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 45.

⁴⁹ Vgl. Demharter, a.a.O.

Vorlage der öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen lediglich verlangt werden, insoweit Ermittlungen zur Beseitigung von Unklarheiten und Zweifeln erforderlich sind.⁵⁰ Die bloße Vorlage eines Erbscheins reicht nicht, da dieser nur die Ernennung eines Testamentsvollstreckers bezeugt, nicht aber alle möglich bestehende Beschränkungen des Verwaltungsrechts und seinen Namen ausweist.⁵¹

Ob die Erben bzw. die einzelnen Miterben ebenfalls zur Antragsstellung berechtigt sind, ist strittig. Eine Ansicht räumt den Erben kein Antragsrecht ein, da diese bei angeordneter Testamentsvollstreckung nicht verfügungsberechtigt sind.⁵² Die wohl überzeugendere Meinung sieht den Erben bzw. auch einen Miterben zur Eintragung der Erbengemeinschaft als Eigentümer als berechtigt an, da es sich bei dem Antrag auf Grundbuchberichtigung nicht um "eine der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Verfügung über das Grundstück i.S.v. §§ 2211, 2212 BGB, sondern um eine reine Verfahrenshandlung" 53 handelt. Der Erbe habe zudem auch ein Interesse an der korrekten Nachlassabwicklung und -verwaltung. 54 Folglich ist daher ein Antragsrecht des Erben anzunehmen. Der Testamentsvollstrecker wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn der Testamentsvollstreckervermerk wird gemäß § 52 GBO von Amts wegen mit eingetragen. Die Erbenstellung ist nach §§ 35 Abs. 1, 29 GBO anhand eines Erbscheins in Urschrift oder Ausfertigung, eines europäischen Nachlasszeugnisses in beglaubigter Abschrift oder einer beglaubigten Abschrift der öffentlichen Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift nachzuweisen. Ebenfalls ist so die Testamentsvollstreckung nachzuweisen. Die Vorlage weiterer Nachweise, insbesondere vom Testamentsvollstreckerzeugnis, ist nicht erforderlich.55

Unterlassen es die Berechtigten jedoch den Antrag zu stellen, so soll das Grundbuchamt gemäß § 82 S. 1 GBO den Erben oder dem Testaments-vollstrecker, dem die Verwaltung des Grundstücks zusteht, die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen. Für den Fall, dass die Erben noch unbekannt sind, kann das Grundbuchamt gemäß § 82a S. 2 GBO das Nachlassgericht um deren Ermittlung ersuchen. Die Feststellungen sind dann dem Grundbuchamt mitzuteilen. Es kann dann eine Grundbuchberichtigung von Amts wegen gemäß § 82a S. 1 GBO erfolgen.

__

⁵⁰ Vgl. Demharter, § 52 Rn. 11.

⁵¹ Vgl. a.a.O.

⁵² Vgl. OLG München, JFG 20, 373.

⁵³ Vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 2014, 77.

⁵⁴ Vgl. Bengel/Reimann/Klumpp, § 3, Rn. 90.

⁵⁵ Vgl. Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 8; Schmenger, BWNotZ 2004, 103.

Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist gemäß §§ 22, 35 GBO gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen. Eine Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Abgabe einer Berichtigungsbewilligung wird durch § 2205 BGB nicht begründet. 56 Der Nachweis der Erbfolge kann daher gemäß §§ 35 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1 GBO durch einen Erbschein in Urschrift oder Ausfertigung oder ein europäisches Nachlasszeugnis in beglaubigter Abschrift erbracht werden. Ebenso ist der Nachweis durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift einer Verfügung von Todes wegen samt beglaubigter Abschrift der Eröffnungsniederschrift gemäß §§ 35 Abs. 1 S. 2, 29 Abs. 1 S. 1 GBO möglich.

Es ist zur Behebung der Grundbuchunrichtigkeit weiterhin nach § 22 Abs. 2 GBO die Zustimmung des einzutragenden Eigentümers nötig. Diese ist vom Testamentsvollstrecker als Verfügungsberechtigten in der Form des § 29 GBO zu erteilen.

Die Eintragung kann gemäß § 39 GBO nur erfolgen, wenn der Erblasser als Eigentümer bzw. Rechtsinhaber voreingetragen ist. Die Voreintragung kann in den Fällen des § 40 GBO unterbleiben, z.B. wenn der Erblasser selber Erbe des noch eingetragenen Eigentümers bzw. Rechtsinhabers ist.

III. Eintragung des Vermerkes im Grundbuch

1. Allgemeines

Ist Testamentsvollstreckung angeordnet und der unbewegliche Nachlassgegenstand unterliegt der Verwaltung des Testamentsvollstreckers wird von Amts wegen gemäß § 52 GBO ein Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch eingetragen. Die Eintragung des Vermerkes erfolgt gleichzeitig mit Eintragung der Erben im Grundbuch. Dem Erblasser ist es nicht möglich die Eintragung auszuschließen, der Testamentsvollstrecker kann nicht darauf verzichten und der Erbe dieselbe auch nicht verhindern.⁵⁷

Die Eintragung des Vermerks kann stets von Amts wegen nachgeholt werden, wenn diese fälschlicherweise unterblieben ist⁵⁸ und der Testamentsvollstrecker den betreffenden unbeweglichen Nachlassgegenstand noch nicht freigegeben hat oder dieser auf einen Dritten umgeschrieben wurde⁵⁹. In dem Fall, dass das Grundbuchamt die Erben als neue Eigentümer bzw. Rechtsinhaber ohne

⁵⁶ Vgl. Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 105.

⁵⁷ Vgl. Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 33; Zimmermann, Rn. 240.

⁵⁸ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3468.

⁵⁹ Vgl. Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 39; Demharter, § 52 Rn. 13.

gleichzeitige Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks einträgt, liegt eine Gesetzesverletzung vor.⁶⁰ Dies kann dann zur Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 GBO führen, wenn das Bestehen der Testamentsvollstreckung glaubhaft gemacht wird.⁶¹

Der Testamentsvollstreckervermerk kann ohne gleichzeitige Eintragung der Erben eingetragen werden, wenn gemäß § 40 GBO die Eintragung der Erben nicht notwendig ist.⁶² Das kann dann der Fall sein, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des betroffenen Grundstücksrechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers, des Testamentsvollstreckers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser, den Testamentsvollstrecker oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen die Erben wirksam ist.

Als Rechtsmittel ist die unbefristete Beschwerde gemäß § 71 GBO gegen die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks mit dem Ziel der Löschung des Vermerkes und gegen die Nichteintragung dessen mit dem Ziel der Eintragung eines Widerspruchs zulässig.

2. Eintragungsvermerk

Die Eintragung des Vermerkes erfolgt bei Grundstücken gemäß § 10 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 – 4 GBV in Abteilung II Spalten 1 bis 3 des Grundbuches. Bei für den Erben eingetragenen Rechten erfolgt die Eintragung in Abt. II Spalte 3 und in Abt. III Spalte 4, wenn der Vermerk gleichzeitig mit dem Recht eingetragen wird §§ 10 Abs. 4 und 11 Abs. 5 GBV. Anderenfalls erfolgt die Eintragung in der Spalte "Veränderungen" der Abt. II und III §§ 10 Abs. 5 und 11 Abs. 6 GBV.

Eingetragen wird ein schlichter Hinweis darauf, dass die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Weitere Angaben zum Testamentsvollstrecker, wie z.B. den Namen oder Beschränkungen seiner Befugnisse, werden nicht mit eingetragen.⁶³ Die Eintragung kann lauten: "Testamentsvollstreckung ist angeordnet".

Ist ein Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB (vgl. dazu vorstehende Ausführungen B.III.4) ernannt, ist dies im Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) anzugeben.⁶⁴ Der Abschnitt im Nacherbenvermerk kann etwa lauten: "Zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben bis zum Eintritt des

⁶⁰ Val. Schöner/Stöber, Rn. 3468.

⁶¹ Vgl. Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 39; Schöner/Stöber, a.a.O.

⁶² Vgl. Bengel/Reimann/Klumpp, § 3, Rn. 82.

⁶³ Vgl. Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 29; Demharter, § 52 Rn. 12; Schöner/Stöber, Rn. 3467.

⁶⁴ Vgl. Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 32; Demharter, § 52 Rn. 12.

Nacherbfalls ist ein Testamentsvollstrecker bestellt".

Ist die Testamentsvollstreckung nur über den Anteil eines Erben angeordnet, ist der Vermerk lediglich als dessen Verfügungsbeschränkung einzutragen. Ein Formulierungsvorschlag dafür wäre: "Testamentsvollstreckung ist über den Erbteil des Miterben ... angeordnet".

3. Wirkung

Mit der Eintragung des Vermerks im Grundbuch wird eine Sperre für die nicht verfügungsberechtigten Erben bewirkt. Eintragungsanträge der Erben müssen daher vom Grundbuchamt zurückgewiesen werden. Es wird somit gemäß §§ 2211 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 2 BGB der gutgläubige Erwerb eines Rechts an einem Nachlassgegenstand durch Verfügung eines dazu nicht berechtigten Erben ausgeschlossen. Die Eintragung wird solange vom Grundbuchamt nach § 891 BGB als maßgebend angesehen, bis Tatsachen bekannt werden, welche die Unrichtigkeit des eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks ergeben.

IV. Löschung des Vermerkes im Grundbuch

1. Zeitpunkt der Löschung

Ist die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet, hat nie wirksam bestanden oder unterliegt der unbewegliche Nachlassgegenstand, an welchem der Testamentsvollstreckervermerk eingetragen ist, nicht mehr der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (z.B. durch Veräußerung oder Freigabe), so ist der Vermerk wieder aus dem Grundbuch zu löschen. Endet nur das Amt des Testamentsvollstreckers, nicht jedoch die Testamentsvollstreckung insgesamt, so ist grundbuchamtlich nichts zu veranlassen (keine Angaben zur Person des Vollstreckers im Grundbuch eingetragen (vgl. vorstehend C.III.2.)).

Zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks kommen grundbuchrechtlich zwei verschiedene Verfahren in Frage – die Amtslöschung gemäß § 84 ff. GBO oder die Löschung auf Antrag gemäß § 13 Abs. 1 GBO.

.

⁶⁵ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3465.

⁶⁶ Vgl. OLG München, NJW 2015, 2272; Demharter, § 52 Rn. 17.

2. Amtslöschung gemäß §§ 84 ff. GBO

Die Amtslöschung kommt gemäß § 84 GBO bei gegenstandslosen Eintragungen in Betracht. Eine Eintragung ist gegenstandslos, wenn das verlautbarte Recht nicht besteht und seine Entstehung ausgeschlossen ist oder es aus tatsächlichen Gründen dauerhaft nicht ausgeübt werden kann gemäß § 84 Abs. 2 GBO. Dies gilt nach § 84 Abs. 3 GBO auch für Verfügungsbeschränkungen wie den Testamentsvollstreckervermerk. Er ist daher von Amts wegen zu löschen, wenn die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet ist, diese nie wirksam bestanden hat oder der Nachlassgegenstand, an welchem der Testamentsvollstreckervermerk eingetragen ist, nicht mehr der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterliegt. Beispielsweise ist dies denkbar, wenn die Testamentsvollstreckung aufgrund einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung endet.

Im Amtslöschungsverfahren hat das Grundbuchamt unter Würdigung vorliegender Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden (§ 85 Abs. 2 GBO).

3. Löschung auf Antrag gemäß § 13 Abs. 1 GBO

Die Löschung des Vermerks kann gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 GBO auf Antrag erfolgen. Der Antrag kann gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 GBO durch die Erben (einen Miterben) als unmittelbar Begünstigte oder durch den Testamentsvollstrecker als unmittelbar Betroffenen gestellt werden.

Die Löschung des Vermerkes kann dann entweder aufgrund einer Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) oder eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 GBO) erfolgen. Ist das Vorliegen eines Löschungsgrundes offenkundig ist (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO), kann der Vermerk aufgrund freier Beweiswürdigung gelöscht werden.

Die Eintragung der Löschung kann aufgrund einer Bewilligung des Betroffenen gemäß § 19 GBO vorgenommen werden. Nach herrschender Meinung ist allerdings eine durch den Testamentsvollstrecker abgegebene abstrakte Löschungsbewilligung oder eine notariell beglaubigte abstrakte Erklärung über die Beendigung der gesamten Testamentsvollstreckung nicht ausreichend, da der Testamentsvollstrecker auf die Eintragung des Vermerkes nicht verzichten kann.⁶⁷ Eine Minderheit bildet davon die Ausnahme, dass genau solch eine Bewilligung ausreichend ist, wenn kein Ersatztestamentsvollstrecker bestimmt ist.⁶⁸ Es wird damit argumentiert, dass der Testamentsvollstrecker in diesen Fällen durch seine Amtsniederlegung (§ 2226 BGB) gleichermaßen die

⁶⁷ Vgl. OLG München, FamRZ 2017, 255; OLG Hamm, Rpfleger 1958, 15 f.; AG Starnberg, Rpfleger 1985, 57; Demharter, § 52 Rn. 27.

⁶⁸ Vgl. Zimmermann, Rn. 245.

Testamentsvollstreckung im Gesamten zum Erliegen bringen könnte.⁶⁹ Dieser Meinung wird sich hier angeschlossen, da sonst unsinnige Umwege geschaffen würden, wenn in diesem Fall nicht die Löschung aufgrund einer solchen Bewilligung möglich wäre.

Kann eine Bewilligung durch den Testamentsvollstrecker nicht erbracht werden, ist ein Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO in der Form des § 29 GBO durch öffentliche Urkunden zu führen. Er kann, je nachdem wie und inwiefern die Testamentsvollstreckung beendet wurde, in unterschiedlicher Weise erbracht werden.

Wurde die Testamentsvollstreckung nicht wirksam angeordnet oder ist diese im Nachhinein weggefallen, kann dies nach § 35 GBO durch die Vorlage eines neuen Erbscheins, welcher keinen Vermerk über die Anordnung mehr enthält, bezeugt werden. Ebenso ist der Nachweis durch nachlassgerichtliche Erlöschensvermerke auf dem Testamentsvollstreckerzeugnis möglich.⁷⁰

Legt der Testamentsvollstrecker sein Amt nieder und wurde durch den Erblasser keine Ersatzbestimmung für diesen Fall getroffen, so genügt der Nachweis der Amtsniederlegung in öffentlich beglaubigter Form samt Nachweis des Zugangs dieser Erklärung beim zuständigen Nachlassgericht zur Löschung des Vermerks, sofern dem Grundbuchamt bereits eine beglaubigte Abschrift des öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift vorliegt.⁷¹

Um die Beendigung des Amtes nachzuweisen, kann auch ein rechtskräftiger Beschluss des Nachlassgerichtes, welcher den Antrag des Testaments-vollstreckers auf Erteilung eines Zeugnisses über den Fortbestand der Testamentsvollstreckung zurückweist, geeignet sein.⁷² Gleiches gilt auch für einen rechtskräftigen Beschluss, welcher das Fehlen eines Bedürfnisses für die Ernennung eines Ersatzvollstreckers feststellt.⁷³

Endet die Testamentsvollstreckung aufgrund einer zeitlichen Begrenzung oder einer auflösenden Bedingung, so genügt zur Löschung die Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Testamentsvollstreckerzeugnisses, soweit auf diesem die Frist oder die Bedingung vermerkt ist und diese abgelaufen oder erfüllt ist.⁷⁴ Enthält das Zeugnis diesen Vermerk nicht, ist der Nachweis der Beendigung anderweitig zu erbringen (vorsorgliche Kündigung des Testamentsvollstreckers

⁶⁹ Vgl. Zimmermann, Rn. 245.

⁷⁰ Vgl. Zimmermann, Rn. 848.

⁷¹ Vgl. OLG München, NJW 2015, 2271 f.; Schöner/Stöber, Rn. 3473.

⁷² Vgl. KG Berlin, FamRZ 2015, 1055.

⁷³ Vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 2016, 231.

⁷⁴ Vgl. Demharter, § 52 Rn. 31.

möglich⁷⁵). Dies gilt auch für den gesetzlichen Fall des § 2210 BGB.⁷⁶

Endet die Testamentsvollstreckung nur bezüglich eines einzelnen unbeweglichen Nachlassgegenstandes, so kann der Vermerk unter Vorlage einer diesbezüglichen notariell beglaubigten Erklärung des Testamentsvollstreckers aus dem Grundbuch gelöscht werden.⁷⁷ Dieser Fall tritt z.B. ein durch Veräußerung oder Freigabe des Grundstückes, Zuweisung des Grundstückes im Teilungsplan zur Auseinandersetzung unter den Miterben oder im Auseinandersetzungsvertrag zwischen den Erben oder bei der Abtretung bzw. durch Aufhebung des betroffenen Grundstücksrechts, soweit der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung nichts anderes bestimmt hat.⁷⁸

Liegt eine der Voraussetzungen zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks offenkundig vor, so wird diese zur Vornahme einer freien Beweiswürdigung im Hinblick auf Tatsachen, welche nicht nach § 29 GBO nachgewiesen wurden, für berechtigt gehalten. Es ist daher z.B. möglich, beim Tod des Testamentsvollstreckers seine Sterbeurkunde einzureichen oder den Ablauf einer im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht vermerkten Frist anderweitig festzustellen. Dabei trifft den Antragssteller die Darlegungslast bezüglich der Grundbuchunrichtigkeit. Dies ist vor allem von Bedeutung, wenn der Testamentsvollstrecker sämtliche Aufgaben erfüllt hat, da das in der Regel nicht aufgrund öffentlicher Urkunden nachgewiesen werden kann.

V. Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anstelle des Testamentsvollstreckervermerks

Der Testamentsvollstreckervermerk wird im Grundbuch eingetragen, wenn der unbewegliche Nachlassgegenstand gemäß §§ 2203, 2205 BGB der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterliegt. Demnach kann keine Eintragung eines solchen Vermerkes erfolgen, wenn die Erben mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers selbst verfügen dürfen. Es ist jedoch möglich (auf Antrag) dann einen entsprechenden Vermerk über die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch einzutragen. ⁸⁰ Gleiches gilt bei einer Vermächtnisvollstreckung, wenn auch der Vermächtnisnehmer nur mit Zustimmung des Verwalters zur Verfügung berechtigt ist. ⁸¹

⁷⁵ Vgl. Zimmermann, Rn. 246.

⁷⁶ Vgl. KG Berlin, FamRZ 2015, 1055; LG Köln, MittRhNotK 1986, 49.

⁷⁷ Vgl. Demharter, § 52, Rn. 29; Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 160.

⁷⁸ Vgl. Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 104ff.

⁷⁹ Vgl. Bengel/*Reimann*, § 7, Rn. 154.

⁸⁰ Vgl. BayObLG, DNotZ 1991, 548.

⁸¹ Vgl. Demharter, § 52 Rn. 5,10.

D. Der Testamentsvollstrecker im Grundbuchverkehr

I. Grundsätze im Grundbuchverfahren

Die Eintragung von Grundstücksrechten und grundstücksgleichen Rechten bedarf eines Antrages § 13 GBO, sowie der Bewilligung und Voreintragung des Betroffenen §§ 19, 39, 40 GBO. Gegebenenfalls sind noch die Auflassungserklärung § 20 GBO, etwa erforderliche Zustimmungserklärungen §§ 22 Abs. 2, 27 GBO und bei Briefrechten die Vorlage des Briefes § 41 GBO erforderlich. Das Grundbuchamt hat die Berechtigung des verfügungsbefugten Rechtsinhabers zu prüfen. In Fällen wie der Testamentsvollstreckung, in denen die Verfügungsbefugnis (Testamentsvollstrecker) und die Rechtsinhaberschaft (Erben) auseinanderfallen, kommt es darauf an, wer zur Vornahme der Rechtshandlungen befugt ist. Das Unterlassen der Überprüfung stellt einen Verfahrensfehler dar und es wäre gemäß § 53 GBO ein Amtswiderspruch einzutragen.⁸²

II. Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

1. Allgemeine Verfügungsbefugnis

Dem Testamentsvollstrecker steht gemäß § 2205 S. 1, 2 BGB die allgemeine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass zu. Diese Befugnis besteht ab Annahme des Amtes gemäß § 2202 Abs. 1 BGB. Der Erbe ist insoweit ausgeschlossen (§ 2211 Abs. 1 BGB). Diese Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Erben besteht bereits ab dem Erbfall. Auf die Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker oder Ernennung durch das Nachlassgericht kommt es nicht an.⁸³ Die Erben werden jedoch nicht darin beschränkt über ihren Erbteil als Ganzes zu verfügen (§ 2033 Abs. 1 BGB).⁸⁴

Verfügungen, welche trotzdem von den Erben vorgenommen werden, sind nicht grundsätzlich nichtig, sondern bis zur Genehmigung durch den Testaments-vollstrecker schwebend unwirksam (§ 185 Abs. 2 BGB). Sie sind außerdem wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Vollstreckers (§ 185 Abs. 1 BGB) erfolgt sind. Zudem finden gemäß §§ 2211 Abs. 2 BGB die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende

⁸² Vgl. OLG Zweibrücken, Rpfleger 1968, 88.

⁸³ Vgl. BayObLG, Rpfleger 1982, 227; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 42.

⁸⁴ Vgl. LG Essen, Rpfleger 1960, 57; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 47; Schöner/Stöber, Rn. 3425.

Anwendung. Somit ist der gutgläubige Dritte grundsätzlich bei Rechtsgeschäften mit den Erben geschützt. Dies spielt jedoch im Grundbuchverkehr keine Rolle, da der gute Glaube Dritter durch den eingetragenen Testamentsvollstreckervermerk zerstört wird (vgl. vorstehend zu C.I.).

Wird über das Vermögen eines Erben das Insolvenzverfahren eröffnet, so fällt der Nachlass zwar in die Insolvenzmasse, dem Insolvenzverwalter steht dann allerdings auch keine Verfügungsbefugnis über einen der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstand zu.⁸⁵ Gleiches gilt auch für die Gläubiger eines Erben, welche den Erbanteil gepfändet haben.⁸⁶

2. Nachweis der Verfügungsbefugnis

Das Grundbuchamt hat die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers stets von Amts wegen zu prüfen. Die Befugnis eines Testamentsvollstreckers ist gemäß § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO anhand des in § 2368 BGB vorgesehenen Zeugnisses oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses nachzuweisen. Das Testamentsvollstreckerzeugnis muss dabei in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt werden. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift ist jedoch ausreichend, wenn mit dieser eine Notarbescheinigung eingereicht wird, welche die Vorlage der Urschrift oder Ausfertigung bei Beurkundung bezeugt.⁸⁷

Für die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist ausschließlich dieses Zeugnis maßgebend aufgrund der negativen Vermutungswirkung des § 2368 S. 2 BGB i.V.m. § 2365 BGB. Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt die Verfügung von Todes wegen ergänzend oder berichtigend auszulegen. Für den Fall, dass sich der Nachweis in den Unterlagen des Nachlassgerichts befindet, welches am selben Amtsgericht wie das Grundbuchamt liegt, genügt ein Verweis auf diese Nachlassunterlagen.

Ebenso ist gemäß § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 GBO zur Legitimation des Testamentsvollstreckers die Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen samt Niederschrift über deren Eröffnung möglich. Das Grundbuchamt muss dann selbst die Befugnisse des Testamentsvollstreckers prüfen. Dabei muss zusätzlich die Amtsannahme des Testamentsvollstreckers in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, da erst mit der Annahme sein Amt beginnt (§ 2202 Abs. 1, 2 BGB) und er damit bewilligungsbefugt wird. Ein solcher Nachweis ist durch die Niederschrift über die Annahmeerklärung (z.B.

⁸⁵ Vgl. BGH, BGHZ 167, 356.

⁸⁶ Vgl. BGH, Rpfleger 2009, 580 f.; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 47.

⁸⁷ Vgl. Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 26.

⁸⁸ Vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 844.

Ausfertigung des Protokolls) oder durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme zu führen.⁸⁹ Die Erbringung des Nachweises wird laut überwiegender Meinung in der Praxis auch dann als erbracht angesehen, wenn der Testamentsvollstrecker durch sein Handeln die Annahme des Amtes konkludent zum Ausdruck bringt, z.B. durch Stellung des Antrages auf Eintragung der Erben samt Testamentsvollstreckervermerk.⁹⁰

Ein Verweis auf die Nachlassakten ist dabei nicht ausreichend, wenn diese lediglich eine privatschriftliche Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers enthalten, da diese nicht der Form des § 29 GBO entspricht. Zeugnisse des Nachlassgerichts können bei Vorlage der öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen lediglich verlangt werden, insoweit Ermittlungen zur Beseitigung von Unklarheiten und Zweifeln erforderlich sind,⁹¹ z.B. wenn der Testamentsvollstrecker die Tochter sein soll und ihr Name im Testament nicht erwähnt ist.

Die bloße Vorlage eines Erbscheins reicht nicht, da dieser nur die Anordnung der Testamentsvollstreckung bezeugt, nicht aber genaue Angaben zur Person des Testamentsvollstreckers.

3. Beschränkungen der Verfügungsbefugnis

a. Beschränkungen des Erblassers § 2208 BGB

Dem Testamentsvollstrecker stehen gemäß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB die in den §§ 2203 bis 2206 BGB bestimmten Rechte nur zu, insoweit nicht anzunehmen ist, dass sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Hat der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung Beschränkungen für den Testamentsvollstrecker bestimmt, so wird dieser dahingehend in seiner Verfügungsbefugnis beeinträchtigt. Der Umfang der Befugnis ist daher stets nach den Willen des Erblassers zu ermitteln.

Ist demnach ein Testamentsvollstrecker mit beschränkten Aufgabenkreis bestellt, so stehen diesem gemäß § 2208 Abs. 1 S. 2 BGB die im § 2205 S. 2 BGB bestimmten Befugnisse nur in Ansehung dieser Gegenstände zu.

Werden Gegenstände durch den Testamentsvollstrecker an die Erben freigegeben, so erstreckt sich nach § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht mehr auf diese.

⁸⁹ Vgl. Demharter, § 35 Rn. 63.

⁹⁰ Vgl. Schmenger, BWNotZ 2004, 109.

⁹¹ Vgl. Demharter, § 52 Rn. 11.

Hat der Erblasser ein Auseinandersetzungsverbot mit dinglicher Wirkung ausgesprochen oder die genaue Auseinandersetzung in seiner letztwilligen Verfügung angeordnet, so ist eine abweichende Verfügung des Testamentsvollstreckers unwirksam. Gleiches gilt, wenn der Erblasser die Veräußerung eines bestimmten Nachlassgegenstandes untersagt oder angeordnet hat. Fraglich ist in dieser Hinsicht jedoch, ob dem Testamentsvollstrecker und den Erben die Verfügungsbefugnis im Gesamten so entzogen werden kann.

Der Testamentsvollstrecker und die Erben können laut Ansicht des Bundesgerichtshofs⁹³ auch dann gemeinsam verfügen, wenn der Erblasser das durch seine letztwillige Verfügung verboten hat. Dies wird aus § 137 S. 1 BGB geschlussfolgert. Normalerweise steht die Verfügungsbefugnis dem Rechtsinhaber selbst zu. Im Falle der Testamentsvollstreckung allerdings, bleiben die Erben von dieser Befugnis ausgeschlossen und diese steht allein dem Testamentsvollstrecker zu. Wird der Testamentsvollstrecker vom Erblasser dahingehend beschränkt, bestimmte Verfügungen nicht treffen zu können, so würde letztendlich niemanden die Befugnis zustehen, über diese Gegenstände zu verfügen. Der § 137 S. 1 BGB besagt, dass die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. "Die Vorschrift verbietet also, kraft Parteiautonomie mit dinglicher Wirkung Gegenstände "extra commercium" zu stellen, und will damit eine Erstarrung des Güterverkehrs verhindern".94

Im vorliegenden Fall ist kein innerer Grund oder eine gesetzliche Bestimmung ersichtlich, welche gegen die Durchbrechung des Grundsatzes des § 137 BGB sprechen könnten. Die sonst allerdings vom Gesetz betonte Bindung des Testamentsvollstreckers an den Willen des Erblassers und nicht des Erben muss hier hinter das Gebot des § 137 BGB zurücktreten". Der Testamentsvollstrecker und die Erben können daher gemeinsam auch gegen den Willen des Erblassers verfügen. Wenn Nacherben oder Vermächtnisnehmer vorhanden sind, müssen diese zustimmen. Die Grundsatzes des § 137 BGB zurücktreten".

Die Zustimmung ist in der Form des § 29 GBO und die Erbenstellung ist gemäß § 35 Abs. 1 GBO gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.

⁹² Vgl. BGH, NJW 1984, 2464; vgl. auch BGH, NJW 1971, 1805.

⁹³ Vgl. BGH, BGHZ 40, 115; ergänzend dazu BGH, BGHZ 56, 275.

⁹⁴ BGH, BGHZ 56, 275 ff.

⁹⁵ Vgl. BGH, a.a.O.

⁹⁶ BGH, a.a.O.

⁹⁷ Vgl. BGH, BGHZ 40, 115; vgl. auch KG Berlin, OLGZ 1992, 145 f.

b. Unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers § 2205 S. 3 BGB

Der Testamentsvollstrecker untersteht gemäß § 2205 S. 3 BGB einem Schenkungsverbot, wonach es ihm nicht erlaubt ist, unentgeltliche Verfügungen zu tätigen. Eine Befreiung von dieser Beschränkung durch den Erblasser ist gemäß § 2207 S. 2 BGB nicht möglich.

Eine Ausnahme besteht gemäß § 2205 S. 3 BGB dann, wenn die unentgeltliche Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Eine sittliche Pflicht ergibt sich nur dann, wenn besondere Umstände vorliegen, die das Ausbleiben einer solchen Belohnung als sittlich anstößig erscheinen lassen. Bei Anstandsschenkungen handelt es sich um gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke, wie z.B. Geburtstags-, Weihnachts- oder Hochzeitsgeschenke.

Unentgeltlich ist die Verfügung des Testamentsvollstreckers, wenn aus dem Nachlass etwas aufgegeben und weggegeben wird, ohne dass ihm ein entsprechender Vermögensvorteil zum Ausgleich dafür zugeführt wird. 100 Eine teilweise unentgeltliche Verfügung steht einer im Gesamten unentgeltlichen Verfügung gleich. 101

Es muss zudem ein subjektives Merkmal hinzukommen, da allein das Fehlen einer objektiv gleichwertigen Gegenleistung nicht ausreicht, um den Begriff der Unentgeltlichkeit i.S. d. § 2205 S. 3 BGB auszufüllen. Der Testamentsvollstrecker verfügt daher nur unentgeltlich, wenn "er entweder weiß, dass dem Opfer keine gleichwertige Leistung gegenübersteht, oder doch bei ordnungsgemäßer Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft an den Erben (Nacherben) herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen". 103

Allein aufgrund der Tatsache, dass der Testamentsvollstrecker in Vorleistung tritt, ist eine Verfügung nicht als unentgeltlich einzuordnen, wenn dem Nachlass die Gegenleistung später zufließt, z.B. wenn der Testamentsvollstrecker die Auflassung erklärt und der Kaufpreis erst zu einem späteren Zeitpunkt fällig wird.¹⁰⁴

⁹⁸ Vgl. BGH, NJW 1986, 1926, 1927, vgl. auch NJW 1984, 2939.

⁹⁹ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2227, Rn. 7.

¹⁰⁰ Vgl. BGH, BGHZ 7, 274 f.

¹⁰¹ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3436.

¹⁰² Vgl. BGH, BGHZ 57, 90.

¹⁰³ BGH, BGHZ 57, 90.

¹⁰⁴ Vgl. OLG München, RnotZ 2013, 500; Bauer/Schaub, § 52, Rn. 53.

Bei Verfügungsbeschränkungen, welche dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2208 BGB auferlegt werden, ist dieser laut Bundesgerichtshof dazu berechtigt, wirksame Verfügungen mit Zustimmung der Erben, Nacherben und Vermächtnisnehmern zu treffen. Fraglich bleibt, ob das auch für die Beschränkung des § 2205 S. 3 BGB gilt.

Eine Ansicht sieht die Beschränkung des § 2205 S. 3 BGB als absolute Verfügungsbeschränkung an. Demnach ist allein auf den Willen des Erblassers abzustellen und nicht auf den der Erben. Diesen stehe bei einer unentgeltlichen Verfügung keinerlei Verfügungsmacht zu. 105 Eine Umgehung des gesetzlichen Verbotes ist damit nicht möglich.

Eine andere Ansicht ist der Auffassung, dass eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers wirksam getroffen wurde, wenn "alle Erben zustimmten, ein entgegenstehender Wille des Erblassers nicht erkennbar sei und die Interessen Dritter, insbesondere von Vermächtnisnehmern und Nachlassgläubigern, nicht betroffen oder geschädigt würden". 106 Dieser Meinung wird sich hier angeschlossen. Der § 2205 S. 3 BGB bildet einen Schutz für den nicht verfügungsberechtigten Erben vor dem verfügungsbefugten Testamentsvollstrecker. Die Erben werden somit vor der Willkür des Testamentsvollstreckers geschützt. Im Gesetz ist kein Anhaltspunkt zu finden, warum die Erben nicht darauf verzichten können sollten. Die Wirksamkeit einer unentgeltlichen Verfügung durch die Zustimmung der Erben erscheint daher angebracht. Testamentsvollstrecker und Erben können als nach dem Grundsatz des § 137 BGB auch in diesem Fall gemeinsam verfügen.

Auch die Nacherbe müssen in diesem Fall zustimmen. Problematisch ist es, wenn in dem Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung der Nacherbfall noch nicht eingetreten ist und die Nacherben noch nicht bekannt sind. Eine Meinung stellt darauf ab, dass das Recht des Nacherben mit Eintragung des Vermerkes über die Nacherbfolge gemäß § 51 GBO im Grundbuch gesichert ist. 107 Die Zustimmung zur unentgeltlichen Verfügung des Testamentsvollstreckers sei daher nicht erforderlich, weil sie ohnehin gegenüber dem Nacherben relativ unwirksam ist. 108 Eine überzeugendere Meinung sieht hierbei die Notwendigkeit der Mitwirkung eines nach § 2222 BGB bestellten Testamentsvollstreckers oder eines zu bestellenden Pflegers (samt betreuungs- und familiengerichtlicher Genehmigung). 109

¹⁰⁵ Vgl. BGH, BGHZ 57, 91.

¹⁰⁶ BGH, BGHZ 57, 84 ff.

¹⁰⁷ Vgl. LG Oldenburg, Rpfleger 1981, 197.

¹⁰⁸ Vgl. LG Oldenburg, a.a.O.

¹⁰⁹ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3438.

Vermächtnisnehmer müssen den unentgeltlichen Verfügungen ebenfalls zustimmen, da der Testamentsvollstrecker auch ihnen gegenüber gemäß § 2216 Abs. 1 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet ist. 110 Sie sind somit in ihrer Beziehung zum Testamentsvollstrecker den Erben gleichgestellt, so dass auch sie unter den Schutz des § 2205 S. 3 BGB fallen. Das gilt nur solange, bis deren Vermächtnisse erfüllt sind. Es kommt nicht darauf an, ob die Verfügung des Testamentsvollstreckers den vom Vermächtnis betroffenen Nachlassgegenstand tangiert. 111

Anders ist es bei Nachlassgläubigern oder Auflagebegünstigten, da ihnen gegenüber keine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung besteht.¹¹²

Im Ergebnis können also durch den Testamentsvollstrecker vorgenommene unentgeltliche Verfügungen mit Zustimmung der Erben und etwa vorhandener Nacherben und Vermächtnisnehmer auch über den Rahmen von Pflicht- und Anstandsschenkungen hinaus wirksam getroffen werden.

c. Verbot des Selbstkontrahierens § 181 BGB

Auch für den Testamentsvollstrecker gilt das Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 181 BGB. Er kann daher als Partei kraft Amtes für den Nachlass nicht mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vornehmen. Grund dafür ist ein Interessenskonflikt, wenn die selbe Person auf Käufer- und Verkäuferseite steht.

Eine Ausnahme hiervon ist gemäß § 181 BGB nur möglich, wenn der Testamentsvollstrecker entsprechend vom Erblasser befreit wurde oder das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Der Testamentsvollstrecker kann ein Rechtsgeschäft über einen Nachlassgegenstand mit sich selbst vornehmen, wenn dies vom Erblasser gestattet wurde und es der ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht. Diese Erklärung ist sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend möglich und stets durch Auslegung der Verfügung von Todes wegen zu ermitteln. Die Gestattung ist z.B. anzunehmen, wenn ein Miterbe durch den Erblasser zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird, denn dabei ist grundsätzlich die Annahme

¹¹⁰ Vgl. BGH, BGHZ 57, 94.

¹¹¹ Vgl. BGH, BGHZ 57, 84; Bauer/Schaub, § 52, Rn. 76.

¹¹² Vgl. BGH, BGHZ 57, 93 f.

¹¹³ Vgl. BGH, BGHZ 30, 67; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 52.

¹¹⁴ Vgl. BGH, BGHZ 30, 69.

gerechtfertigt, dass der Erblasser dem Testamentsvollstrecker auch den Abschluss von Rechtsgeschäften mit sich selbst trotz eines bestehenden Interessenwiderstreits gestattet. It Zudem muss sich das Rechtsgeschäft stets im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß § 2216 BGB halten, It das der Testamentsvollstrecker gemäß § 2220 BGB davon nicht befreit werden kann. Es würde z.B. nicht der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen, wenn der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen einen Gegenstand aus dem Nachlass unter dem Verkehrswert erwirbt oder veräußert. Der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker nicht vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien, wenn der Testamentsvollstrecker gleichzeitig als gesetzlicher Vertreter eines Erben handelt (durch §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB ist § 181 BGB ausgeschlossen).

Der Testamentsvollstrecker kann außerdem ein Rechtsgeschäft über einen Nachlassgegenstand mit sich selbst vornehmen, wenn es sich dabei um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Hierzu gehören insbesondere die Auflassung eines dem Testamentsvollstrecker als Vermächtnis zugewandten Grundstückes oder auch die Erfüllung von Verpflichtungen, welche vom Erblasser herrühren und für die der Nachlass haftet (Erblasserschuld), z.B. die Erklärung der vom Erblasser vorbehaltenen Auflassungserklärung.

Der Nachweis, dass der Testamentsvollstrecker wirksam bei einem Insichgeschäft handelt, ist in der Form des § 29 GBO zu erbringen, z.B. durch eine beglaubigte Abschrift der privaten oder öffentlichen Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsvermerk oder -protokoll. Nachweise für Anhaltspunkte, welche zur Auslegung der vom Erblasser erteilten Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB dienen und Nachweise dafür, dass das Geschäft der ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, unterliegen den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung. Diese müssen daher nicht in Form des § 29 GBO erbracht werden.

Wird vom Testamentsvollstrecker trotzdem ein unzulässiges Insichgeschäft getätigt, ist dieses schwebend unwirksam. 120 Es tritt rückwirkende Heilung ein, wenn die Erben das Geschäft genehmigen gemäß §§ 177, 184 BGB. 121 Die Frage, ob die Erben dem Testamentsvollstrecker Insichgeschäfte auch gegen den Willen des Erblassers gestatten dürfen, stellt sich daher nicht.

¹¹⁵ Val. BGH, BGHZ 30, 70.

¹¹⁶ Vgl. BGH, BGHZ 30, 67.

¹¹⁷ Vgl. OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122.

¹¹⁸ Vgl. Zimmermann, Rn. 472.

¹¹⁹ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 54f.

¹²⁰ Vgl. BGH, NJW 1959, 1430.

¹²¹ Vgl. BGH, a.a.O.

4. Wegfall der Verfügungsbefugnis

Fällt die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach der von ihm abgegebenen Bewilligung (§ 19 GBO) oder Einigung (§ 20 GBO) und vor Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch weg, ist die Verfügung unwirksam. Das Grundbuchamt darf die Eintragung grundsätzlich nicht mehr vornehmen, wenn es positive Kenntnis vom Wegfall der Befugnis hat. Bloße Zweifel des Grundbuchamtes bezüglich des Bestehens der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sind für eine Zurückweisung der Eintragungsanträge nicht ausreichend. Die Eintragung kann lediglich erfolgen, wenn die Erben als Rechtsinhaber der unwirksamen Verfügung des Testamentsvollstreckers zustimmen oder diese genehmigen gemäß § 185 BGB.

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen macht § 878 BGB. Die Eintragung ist demnach vorzunehmen, wenn die Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der Bewilligung und Einigung vorlag und diese erst beschränkt wurde, nachdem die Erklärung für den Berechtigten bereits bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt worden ist. Der Testamentsvollstrecker ist als Verfügungsbefugter ebenfalls als "Berechtigter" i.S.d. § 878 BGB anzusehen, obwohl er kein Eigentümer bzw. Rechtsinhaber ist. 123 Eine Ansicht in der Rechtsprechung geht aber davon aus, dass der § 878 BGB auf das Handeln des Testamentsvollstreckers nicht anwendbar ist. 124 Es wird darauf abgestellt, dass dieser bei Wegfall der Verfügungsbefugnis seine gesamte Rechtsstellung verliert. Der § 878 BGB regelt allerdings nur die Unbeachtlichkeit einer Verfügungsbeschränkung (nicht Entzug) des Berechtigten, welche nach der Bewilligung und Einigung und Eingang des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt eingetreten ist. Die Rechtsstellung des Verfügenden bleibt aber im Übrigen bestehen.

Die vorherrschende und überzeugendere Auffassung wendet den § 878 BGB entsprechend an. 125 Es ist demnach zu Gunsten des Erwerbers der § 878 BGB analog im Interesse des Vertrauensschutzes anzuwenden, da die Wirksamkeit der Verfügung nur von der nicht beeinflussbaren Dauer des Grundbucheintragungsverfahrens abhängt. 126 Es wird daher bei Wegfall der Verfügungsbefugnis im Fall des § 878 analog BGB die Befugnis als fortbestehend fingiert. Das Grundbuchamt darf diesen Wegfall daher nicht beachten.

¹²² Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 22.

¹²³ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 124; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 9.

¹²⁴ Vgl. BayObLG, NJW 1956, 1279, 1280; OLG Celle, NJW 1953, 945; AG Starnberg, FamRZ 1999, 743; Zimmermann, Rn. 418,412.

Vgl. OLG Brandenburg, VIZ 1995, 365; LG Neubrandenburg, MDR 1995, 491; AG Rostock, NotBZ 2004, 203; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 49; Bauer/Schaub/Kössinger, § 19, Rn. 173; Schöner/Stöber, Rn. 124.

¹²⁶ Vgl. a.a.O.

5. Beteiligung eines in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben

Durch das Grundbuchamt ist stets die Erforderlichkeit von gerichtlichen Genehmigungen zu prüfen. Ist der Erbe minderjährig (§ 2 BGB), geschäftsunfähig (§ 104 BGB) oder steht unter Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt (§§ 1896 ff., 1903 BGB), so ist der Testamentsvollstrecker nicht wie Elternteil, Vormund oder Betreuer in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt. Er bedarf somit zur Wirksamkeit seiner Verfügungen keine Genehmigung des Familienoder Betreuungsgerichts nach §§ 1806 ff., 1821 f., 1643, 1908i BGB. Verwaltet der Testamentsvollstrecker den Nachlass ordnungsgemäß, so ist der Erbe wirksam vertreten, insoweit das Handeln des Vollstreckers dem Willen des Erblassers entspricht. 128

Ist der Testamentsvollstrecker nicht verfügungsbefugt und bedarf zu seiner Verfügung die Zustimmung der Erben, so ist diese Zustimmung vom gesetzlichen Vertreter des Erben gemäß §§ 1626, 1793, 1902 BGB abzugeben. Dann sind gegebenenfalls erforderliche Genehmigungen des Familien- oder Betreuungsgerichts zu erbringen. Es ist dabei jedoch zu beachten, dass auch die Eltern, der Vormund oder Betreuer einem Schenkungsverbot gemäß §§ 1641, 1804, 1908 i BGB unterliegen. Eine Genehmigung kann in diesem Fall nicht erteilt werden, da ein entsprechender Genehmigungstatbestand im Gesetz nicht vorhanden ist. 129 Dieses Verbot könnte ggf. durch den Erblasser durch Erteilung einer postmortalen Vollmacht umgangen werden (vgl. nachstehend).

Ist der Erbe oder Nacherbe noch unbekannt, so müsste ein Pfleger gemäß § 1913 BGB bestellt werden. Dieser kann dann die Zustimmung zu den Verfügungen des Testamentsvollstreckers erteilen. Auch er unterliegt einem Schenkungsverbot (§§ 1915, 1804 BGB).

6. Kollision mit Vollmachten

a. Testamentsvollstrecker zugleich als Bevollmächtigter

Dem Erblasser ist es möglich Spezial- oder Generalvollmachten zu erteilen, welche schon zu Lebzeiten und über den Tod hinaus wirken (transmortale Vollmacht), aber auch solche, die erst ab dem Tod wirken (postmortale Vollmacht). Derartige Vollmachten kann der Erblasser auch dem künftigen Testamentsvollstrecker erteilen. 130 Er kann sich dann im Rechtsverkehr auch

¹²⁷ Vgl. BayObLG, FamRZ 1992, 606 ff.; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 2086; Demharter, § 52, Rn. 19; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 46; Zimmermann, Rn. 413.

¹²⁸ Vgl. BayObLG, FamRZ 1992, 606 ff.; Zimmermann, Rn. 413.

¹²⁹ Vgl. Zimmermann, Rn. 489.

¹³⁰ Vgl. BGH, NJW 1962, 1718.

die Vorlage der Vollmacht legitimieren. durch Dadurch kann Handlungsfähigkeit des Testamentsvollstreckers zeitlich vorverlegt werden und es kann die Zeitspanne zwischen dem Erbfall und der Annahme des Amtes und der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses überbrückt werden. Außerdem wird durch die erteilte Vollmacht die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers verstärkt. Soweit er die Vollmacht nicht missbraucht, unterliegt er nicht den Beschränkungen denen ein Testamentsvollstrecker normalerweise unterworfen wäre, wenn er als Bevollmächtigter handelt. 131 Er kann somit im Rahmen seiner Vollmacht auch unentgeltliche Verfügungen vornehmen oder auch mit sich selbst kontrahieren, soweit er in der Vollmacht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Ist sein Handeln nicht von seiner Verfügungsbefugnis als Testamentsvollstrecker, sondern nur als Bevollmächtigter, gedeckt, so ist dem Grundbuchamt als Nachweis die Vollmacht in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Handelt es sich um eine postmortale Vollmacht, ist zugleich die Sterbeurkunde in gleicher Form vorzulegen. 132

Jedoch kann diese Vollmacht von den Erben gemäß § 168 BGB widerrufen werden. Um dem zu entgehen, kann der Erblasser die Vollmacht bis zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses befristen, den Erben die Auflage erteilen, die Vollmacht nicht zu widerrufen und den zukünftigen Testamentsvollstrecker mit der Überwachung der Auflage beauftragen. Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht kann der Erblasser nicht in dieser bestimmen. 134

b. Konkurrenz zwischen Testamentsvollstrecker und anderen Bevollmächtigten

Eine trans- oder postmortale Vollmacht nach § 167 BGB verleiht dem Bevollmächtigten eine eigenständige Handlungsbefugnis. Mit der durchsetzenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass solch ein Bevollmächtigter mit seinen eigenständigen Befugnissen selbstständig neben dem Testamentsvollstrecker steht. Begründet wird diese Betrachtungsweise daher, dass der Bevollmächtigte seine Verfügungsmacht vom Erblasser herleitet und nicht von den Erben.

Das Grundbuchamt hat anhand der letztwilligen Verfügung und der Vollmacht der Wille des Erblassers zu ermitteln (§ 133 BGB). "Im Allgemeinen wird es der maßgebliche Wille des Erblassers sein, dass keine voneinander unabhängigen

¹³¹ Vgl. BGH, a.a.O.; Demharter, § 52, Rn. 26; Palandt/*Weidlich*, Ein. v. § 2197, Rn. 12; Schöper/Stöber, Rp. 3440

Schöner/Stöber, Rn. 3440.

132 Vgl. OLG Frankfurt, NotBZ 2014, 149 f.; Demharter, § 19, Rn. 81.1.

¹³³ Vgl. Zimmermann, Rn. 107; Bengel/Reimann, § 1, Rn. 60.

¹³⁴ Vgl. Palandt/Weidlich, Einf. v. § 2197, Rn. 12.

¹³⁵ Vgl. OLG München, DnotZ 2012, 303; Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 46; Demharter, § 19, Rn. 81.1; Palandt/Weidlich, Einf. v. § 2197, Rn. 12; Schöner/Stöber, Rn. 3425.

Machtbefugnisse verschiedener Personen (Testamentsvollstrecker Bevollmächtigter da) mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen".136 Unter Umständen können sich die Befugnisse Bevollmächtigten und des Testamentsvollstreckers decken, vor allem, wenn sich aus der Sicht der Erblassers (Vollmachtgebers) das vorgenommene Geschäft nicht mit dem Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers deckt. Dabei können auch Umstände berücksichtigt werden, welche sich nicht aus der Verfügung von Todes wegen oder der Vollmacht ergeben, soweit sie sich aus anderen öffentlichen Urkunden ergeben, die dem Grundbuchamt vorliegen. 137

III. Veräußerung des Grundbesitzes durch den Testamentsvollstrecker

1. Grundsätze der Veräußerung

Der Testamentsvollstrecker ist als Verfügungsbefugter gemäß § 2205 S. 1 BGB berechtigt, Grundstücke aus dem Nachlass zu veräußern. Er handelt dabei eigenverantwortlich und kann dies gegebenenfalls auch gegen den Willen der Erben tun. Seine Verfügungsbefugnis ist dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen, durch dieses zu prüfen und etwa bestehende Beschränkungen zur Vornahme des Rechtsgeschäfts auszuschließen. Es gelten hierbei die unter D.II. aufgeführten Grundsätze. Neben der Veräußerung des Grundstücks sind hier auch die eventuell abgegebenen Bewilligungen zur Eintragung der Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld zu begutachten.

2. Eintragung der Auflassungsvormerkung

Für die Eintragung der Auflassungsvormerkung ist durch das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob die Verfügung des Testamentsvollstreckers unentgeltlich erfolgte. Die Eintragung darf nur abgelehnt werden, wenn sich aus dem Grundbuch bekannten Umständen und den vorgelegten Urkunden mit Sicherheit erkennen lässt, ob der zu sichernde Anspruch nicht entstanden ist und auch künftig nicht mehr entstehen kann. 141

Da bei der Eintragung der Auflassung keine Voreintragungspflicht der Erben gemäß § 40 Abs. 1 GBO besteht, ist diese auch bei Eintragung der

¹³⁶ Val. OLG München, DnotZ 2012, 304.

¹³⁷ Vgl. BayObLG, Rpfleger 1995, 249; OLG München, a.a.O.

¹³⁸ Vgl. BGH NJW-RR 2001, 1370.

¹³⁹ Vgl. OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 399 f.

¹⁴⁰ Vgl. OLG Zweibrücken, NotBZ 2007, 34; Schöner/Stöber, Rn. 3441.

¹⁴¹ Vgl. OLG Zweibrücken, a.a.O.

3. Eintragung der Finanzierungsgrundschuld

Bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld als Fremdgrundschuld für den Käufer stellt sich die Frage, ob hierbei eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers vorliegt. Grundsätzlich ist die Bestellung einer Fremdgrundschuld eine unentgeltliche Verfügung, da kein direkter Gegenwert zum Nachlass hinzu fließt. Der Testamentsvollstrecker kann jedoch in der Belastungsurkunde die einzelnen Beweggründe für die Bestellung und deren Zweck im Einzelnen darlegen. Sind diese nach allgemeiner Lebenserfahrung verständlich und erscheinen wirklichkeitsnah, so steht der Eintragung kein Hindernis im Weg, soweit dem Grundbuchamt nicht gegenteilige Tatsachen bekannt sind und die hierfür üblichen Zweckbestimmungen eingehalten werden.

Eine Voreintragung der Erben gemäß § 39 GBO ist auch in diesem Fall nicht notwendig, da nach § 40 Abs. 2 GBO jegliche Eintragungen aufgrund von Bewilligungen durch den Testamentsvollstrecker einer solchen nicht bedürfen.

4. Veräußerung des Grundbesitzes

In Fällen der Veräußerung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks hat das Grundbuchamt neben der Antrags- und Bewilligungsberechtigung (§§ 13, 19 GBO) auch die Auflassungserklärung des Vollstreckers (§ 20 GBO) zu prüfen.

Um festzustellen, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht nach § 2205 S. 3 BGB beschränkt ist, ist die Entgeltlichkeit der Verfügung zu prüfen. Die Grenze der Entgeltlichkeit ist dabei in Hinblick auf eine ordnungsgemäße Verwaltung zu begutachten. Der Nachweis wird regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden können. Das Grundbuchamt hat hier die Möglichkeit der freien Beweiswürdigung.¹⁴⁵

Die Entgeltlichkeit einer Verfügung ist daher erfahrungsgemäß anzunehmen, wenn "die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden und verständlich und der Wirklichkeit gerechnet werdend erscheinen, und wenn begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind".146 Unter diesen Anforderungen genügt daher eine privatschriftliche

¹⁴² Vgl. Demharter, § 39, Rn. 5, § 40, Rn. 17.

¹⁴³ Val. Schöner/Stöber, Rn. 3436.

¹⁴⁴ Vgl. LG Aachen, Rpfleger 1984, 98; Bauer/Schaub/*Krauß*, AT D, 98; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 70.

¹⁴⁵ Vgl. BGH, BGHZ 57, 95; BayObLG, Rpfleger 1989, 200; OLG München, FamRZ 2014, 159 f; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 64.

¹⁴⁶ Demharter, § 52 Rn. 23; vgl. BayObLG, Rpfleger 1989, 200; KG, Rpfleger 1968, 189.

Erklärung des Testamentsvollstreckers zur Grundbucheintragung, jedoch keine bloße Behauptung der Entgeltlichkeit.¹⁴⁷ So kann z.B. als Nachweis ein privatschriftliches Testament ausreichen, wenn der Testamentsvollstrecker bezeugen will, dass er die Verfügung aufgrund Erfüllung eines Vermächtnisses des Erblassers vorgenommen hat.¹⁴⁸

Unter diesem Erfahrungsgrundsatz ist daher bei der Veräußerung eines Grundstückes von der Entgeltlichkeit auszugehen, wenn der Testamentsvollstrecker an einen Dritten das Grundstück veräußert und sich keine Bedenken gegen den angegebenen Kaufpreis aufdrängen. Es wird dann angenommen, dass der Kaufpreis dem Verkehrswert entspricht. Weitere Nachweise, z.B. ein Verkehrsgutachten, darf das Grundbuchamt nur verlangen, wenn berechtigte Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bestehen Eine bloße Vermutung reicht nicht aus. Im Zweifelsfall genügt die Zustimmung der Erben (sowie ggf. Nacherben und Vermächtnisnehmer), da damit das Rechtsgeschäft wirksam wird (vgl. vorstehend D.II.3.b.). Die Zustimmung der Erben ist in Form des § 29 GBO und die Erbenstellung in Form des § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen.

Neben der gesetzlichen Beschränkung des § 2205 S. 3 BGB ist es auch möglich, dass der Erblasser nach § 2208 BGB in seiner letztwilligen Verfügung die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers selbst eingegrenzt hat. Hat er bestimmt, dass ein Nachlassgrundstück nicht veräußert werden darf, kann sich der Testamentsvollstrecker darüber nur hinwegsetzen, wenn es sich lediglich um eine Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 Abs. 2 BGB handelt. Es sollte trotzdem die Zustimmung der Erben eingeholt werden oder die Anordnung durch das Nachlassgericht außer Kraft gesetzt werden lassen, wenn er einer Haftung entgehen will. Hat die Beschränkung auch nach § 2208 Abs. 1 S. BGB dingliche Wirkung, so steht dem Testamentsvollstrecker keine Verfügungsbefugnis zu (vgl. vorstehend zu D.II.3.a).

Falls der Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück veräußert, welches mit Grundpfandrechten belastet ist, hat er mit dem Käufer eine Regelung über die zugrundeliegenden Hypothekenforderungen zu treffen. Das Grundstück kann nicht so verkauft werden, dass die Verbindlichkeiten vom Käufer übernommen werden, die Erben allerdings von Ihrer persönliche Haftung nicht befreit werden. 152 Es besteht daher die Möglichkeit, dass der Käufer das Grund-

¹⁴⁷ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3441.

¹⁴⁸ Vgl. OLG München, Rpfleger 2015, 550; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1593.

¹⁴⁹ Vgl. OLG München, DnotZ 2012, 459 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 86.

¹⁵¹ Vgl. Zimmermann, Rn. 417.

¹⁵² Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3450.

pfandrecht sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Haftung übernimmt oder das Eigentum lastenfrei auf ihn übertragen wird.

Eine Voreintragung der Erben nach § 39 GBO ist nicht erforderlich, da nach § 40 Abs. 1 GBO eine solche bei Veräußerung des Grundstückes nicht notwendig ist.

Bei wirksamer Veräußerung des Grundstücks endet das Amt des Testaments-vollstreckers über diesen Nachlassgegenstand und der im Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk ist auf Antrag gemäß § 52 GBO zu löschen. Ist der Testamentsvollstreckervermerk noch nicht im Grundbuch eingetragen, so kann dies unterbleiben. Ein Verzicht auf die Eintragung ist zwar nicht möglich, jedoch kann der Vollstrecker in der Auflassungsurkunde gleichzeitig die Freigabe an die Erben erklären.¹⁵³

IV. Erwerb durch den Testamentsvollstrecker

Bei ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker wird ein Erwerb von Grundbesitz in der Regel nicht in Frage
kommen, da der Vollstrecker den Nachlass abwickeln und nicht vermehren soll.
Ein Zuerwerb von Grundstückseigentum kommt allerdings in Betracht, wenn es
sich um Surrogationserwerb oder um Erwerb zur Abrundung des bereits
vorhandenen Grundbesitzes mit Mitteln des Nachlasses handelt. Der
Surrogationserwerb gemäß § 2041 BGB kann aufgrund der entsprechenden
Bewilligung in der Erwerbsurkunde nachgewiesen werden. Es darf nur dann
die Eintragung unterbleiben, wenn dem Grundbuchamt sicher bekannt ist, dass
keine Surrogation eingetreten ist. 156

Insofern der Testamentsvollstrecker ein Grundstück ersteigern will, ist dabei auf die Wirtschaftlichkeit zu achten. Die Ersteigerung eines Grundstücks stellt eine erhebliche Gefährdung des Nachlasses dar, wenn der Nachlass nicht liquide und die Finanzierung ungesichert ist. 157 In dem Fall würde das Handeln des Vollstreckers nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen. 158

Bei erfolgtem Erwerb ist die Erbengemeinschaft gleichzeitig mit dem Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch einzutragen. Die Erbfolge ist dabei gemäß § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen.

¹⁵³ Vgl. Meikel/Böhringer, § 52, Rn. 33; Demharter, § 52, Rn. 15.

¹⁵⁴ Vgl. LG Berlin, Rpfleger 2005, 189; Schöner/Stöber, Rn. 3454; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 22.

¹⁵⁵ Vgl. LG Berlin, a.a.O.

¹⁵⁶ Vgl. LG Berlin, a.a.O.

¹⁵⁷ Vgl. BayObLG, FamRZ 1998, 987 ff.

¹⁵⁸ Vgl. a.a.O.

V. Erfüllung von Anordnungen des Erblassers

1. Anordnungen

Wenn der Testamentsvollstrecker aufgrund der Erfüllung einer Anordnung in der letztwilligen Verfügung des Erblassers handelt, stellt dies keine unentgeltliche Verfügung dar. 159 Der Nachweis hierüber ist nicht in der Form des § 29 GBO zu führen. 160 Diese Lockerung der strengen Beweisanforderungen ist nur geboten, sofern es praktisch unmöglich ist Urkunden beizubringen. 161 Das Grundbuchamt kann die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der letztwilligen Verfügung zum Nachweis der Erblasseranordnung verlangen. 162 Es genügt ein Verweis auf die Nachlassakten, wenn es sich beim Nachlassgericht und Grundbuchamt um dasselbe Amtsgericht handelt. Die pflichtgemäße Erfüllung der Anordnung wird allerdings in der Regel nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden können. Es genügt hier, aufgrund der anerkannten Beweislockerung, ein substantiierter Vortrag über Tatsachen, welche das Handeln des Testamentsvollstreckers pflichtgemäß erscheinen lassen. 163 Ist ein Vermächtnis angeordnet, hat der Vermächtnisnehmer bei der Erfüllung mitzuwirken. Wird ebenfalls der Vermächtnisnehmer durch die Testamentsvollstreckung beschränkt, kann ohne sein Mitwirken das Vermächtnis, z.B. Entgegennahme der Auflassungserklärung, erfüllt werden. Bei Vermächtnisvollstreckung ist der Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO im Grundbuch einzutragen.

2. Teilungsplan

Hat der Testamentsvollstrecker gemäß § 2204 Abs. 1 BGB einen Teilungsplan aufgestellt und soll nach diesem ein Erben ein Nachlassgrundstück erhalten, so ist für die Auflassung kein formbedürftiger Vertrag nach § 311 b Abs. 1 BGB notwendig. 164 Es handelt sich hierbei um ein einseitiges festgestelltes Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers und nicht um einen zweiseitigen Vertrag. 165 Es ist die Mitwirkung des auflassungsempfangenden Miterben erforderlich, nicht aber die der restlichen Erben. 166

Dem Grundbuchamt ist die Erbenstellung des Auflassungsemfängers in der Form ¹⁵⁹ Vgl. OLG München, NotBZ 2010, 351.

¹⁶⁰ Vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 587; OLG München NotBZ 2010, 351; Bauer/Schaub, § 52, Rn. 88; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 41.

¹⁶¹ Vgl. Bauer/Schaub, §52, Rn.88; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn.41.

¹⁶² Vgl. KG Berlin, Rpfleger 2009, 311; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 322 f.; Bauer/Schaub, § 52, Rn. 88; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 43.

¹⁶³ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 44.

¹⁶⁴ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3453; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 4, Rn. 221.

¹⁶⁵ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3453; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 4, Rn. 221.

¹⁶⁶ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3453; Bengel/Reimann, § 5, Rn. 95.

des §§ 35, 36 GBO nachzuweisen. 167 Es bedarf weiterhin der Feststellung, dass dem Miterben das Nachlassgrundstück in Anrechnung auf seine Ansprüche aufgrund der Ausführung des Teilungsplanes übertragen wird. 168 Die Anhörung der übrigen Erben nach § 2204 Abs. 2 BGB braucht dem Grundbuchamt gegenüber nicht nachgewiesen werden, da es, selbst beim Unterlassen dieser gesetzlichen Pflicht, nicht zur Unwirksamkeit des Teilungsplanes führt. 169

VI. weitere Grundstücksgeschäfte

1. Grundpfandrechte

a. Bestellung und Abtretung

Bestellung einer Fremdgrundschuld oder die Abtretung Eigentümergrundschuld an einen Dritten unterliegt der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung, wenn die Valuta in den Nachlass fällt und dem Gläubiger keine unüblichen Sicherungen gewährt werden. 170 Grundsätzlich ist eine solche Verfügung unentgeltlich. Die Eintragung kann jedoch erfolgen, wenn der Testamentsvollstrecker die Beweggründe und den Belastungszweck vorträgt und diese aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung verständlich erscheinen und dem Grundbuchamt nichts Gegenteiliges bekannt ist. 171 Ein Nachweis der Entgeltlichkeit in der Form des § 29 GBO ist dabei nicht erforderlich (vergleiche hierzu vorstehend zur Finanzierungsgrundschuld). Der Testamentsvollstrecker hat auf Verlangen des Grundbuchamtes nachzuweisen, dass der Kredit tatsächlich dem Nachlass zufließt und die entsprechenden Ansprüche aus dem Kreditverhältnis dem Nachlass zustehen. 172

Aus der Sicht der Erben liegt eine unwirksame unentgeltliche Verfügung in jedem Fall vor, wenn der Testamentsvollstrecker ein Grundpfandrecht bestellt, dessen Valuta nicht dem Nachlass, sondern dem Vollstrecker selbst oder einem Dritten zufließt um deren eigene Verbindlichkeiten abzusichern. ¹⁷³ Ein gutgläubiger Erwerb durch den Grundpfandrechtsgläubiger ist durch den öffentlichen Glauben an das Grundbuch gemäß § 892 BGB nicht möglich. Ein solcher kommt nur in Frage, wenn der Gläubiger sein Grundpfandrecht abtritt und der Dritte dieses

¹⁶⁷ Vgl. BayObLG, BayObLGZ 1986, 208.

¹⁶⁸ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3453.

¹⁶⁹ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3453; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 94.

¹⁷⁰ Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 58; Schöner/Stöber, Rn. 3442, 3444; Bengel/Reimann, § 1, Rn. 118.

¹⁷¹ Vgl. LG Aachen, Rpfleger 1984, 98; Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 58; Schöner/Stöber, Rn. 3443.

¹⁷² Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 59; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 70.

¹⁷³ Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 60; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 72.

Der Testamentsvollstrecker ist aufgrund des Verbotes des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB daran gehindert, ein Grundpfandrecht auf seinen Namen an einem Nachlassgrundstück zu bestellen. Ist der Vollstrecker von diesem Verbot durch eine entsprechende Anordnung des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung befreit, so ist die Vornahme dieses Rechtsgeschäft trotzdem nicht wirksam vornehmbar, da dann dennoch eine unentgeltliche Verfügung vorliegt (von dieser kann der Erblasser nicht befreien). 175 Wird ein solches Grundpfandrecht dennoch eingetragen und an einen Dritten abgetreten, so kann dieser dieses bei Gutgläubigkeit wirksam erwerben nach § 892 BGB. 176

Die Bestellung einer Eigentümergrundschuld durch den Testamentsvollstrecker für die Erbengemeinschaft stellt hingegen keine unentgeltliche Verfügung dar, weil das neu entstandene dingliche Recht das Entgelt darstellt.¹⁷⁷

Es ist zu beachten, dass wenn in der Grundpfandrechtsbestellungsurkunde gleichzeitig die persönliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung samt eines abstrakten Schuldversprechens erklärt wird, dem Testamentsvollstrecker durch die Erben eine entsprechende Vollmacht gewährt wird oder diese ihre Zustimmung erteilen. Ansonsten ist er daran gehindert, da er die Erben persönlich nur in Bezug auf den Nachlass und nicht auf ihr gesamtes Vermögen verpflichten kann.¹⁷⁸

Um die gewünschte Grundpfandrechtsbestellung wirksam zu vollziehen, bestehen folgende Möglichkeiten: 179

Für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker entgegen des Verbotes nach § 2205 S. 3 BGB ein unentgeltliches Grundpfandrecht bestellt, tritt Heilung ein, wenn er später das Grundstück selbst erwirbt. Zudem wird eine solche Verfügung mit Zustimmung der Erben, Nacherben und Vermächtnisnehmer wirksam. Letztendlich ist es auch möglich, dass der Testamentsvollstrecker das Grundstück gemäß § 2217 BGB an die Erben freigibt und den Testamentsvollstreckervermerk löschen lässt. Die Erben können dann frei über das Grundstück verfügen und selbst Grundpfandrechte bestellen.

¹⁷⁴ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3443; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 72.

¹⁷⁵ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3445; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 1, Rn. 118, § 5, Rn. 73.

¹⁷⁶ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3446; Bengel/Reimann/Schaub, § 1, Rn. 118; § 5, Rn. 73.

¹⁷⁷ Vgl. Bauer/Schaub/Krauß, AT D, Rn. 98; Bengel/Reimann/Schaub, § 1, Rn. 118; § 5, Rn. 70.

¹⁷⁸ Vgl. Bengel/Reimann/*Schaub*, § 1, Rn. 118, § 5, Rn. 79.

¹⁷⁹ Vgl. Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 75 ff. zu allen drei Möglichkeiten.

b. Löschung, Freigabe, Rangrücktritt und Rangvorbehalt

In der Löschung einer zum Nachlass gehörenden Hypothek oder eines zur Eigentümergrundschuld gewordenen Grundpfandrechts liegt eine entgeltliche Verfügung vor, wenn an den nachrangigen Gläubiger Rückgewähransprüche abgetreten sind oder diesem ein Löschungsanspruch nach § 1179a BGB zusteht. 180 Andernfalls liegt, aufgrund des fehlenden Anspruchs auf Rangverbesserung, eine unentgeltliche Verfügung vor. Eine Ausnahme besteht dann, wenn der Gläubiger zur Rangverbesserung eine Gegenleistung an die Nachlassmasse geleistet hat oder die Löschung in Erfüllung der Kaufvertragsverpflichtung, dem Käufer das Grundstück lastenfrei zu überlassen, bewilligt wird. 181 Bei einer letztrangig eingetragenen Eigentümergrundschuld stellt die Löschungsbewilligung kein unentgeltliches Verfügungsgeschäft dar. 182

Der Testamentsvollstrecker ist befugt, für ein Grundpfandrecht, welches zum Nachlass gehört und an seinem eigenen Grundstück bestellt ist, die Löschungsbewilligung abzugeben, soweit er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurden. 183

Die Zustimmung des Testamentsvollstreckers nach § 27 GBO ist als unentgeltliche Verfügung anzusehen, wenn sie in Erfüllung einer durch gesetzlichen Löschungsanspruch oder durch Löschungsvormerkung gesicherten Löschungsverpflichtung abgegeben wird.¹⁸⁴

Diese dargestellten Grundsätze gelten auch für Freigabeerklärungen nach § 875 BGB und Rangrücktritte eingetragener Belastungen nach § 880 BGB.

Der Testamentsvollstrecker ist auch berechtigt, an einem Recht auf dem Nachlassgrundstück ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB zu vereinbaren. Dieser verschafft lediglich die Möglichkeit, später vorrangige Belastungen eintragen zu lassen. Die Unentgeltlichkeit ist demnach erst bei der Ausnutzung des Rangvorbehaltes zu prüfen. Bei dieser Überprüfung gelten die Grundsätze wie bei der Bestellung von Grundpfandrechten.

Sind allerdings die Erben Rechtsinhaber einer Belastung, die an einem anderen Grundstück eingetragen ist, und soll hieran ein Rangvorbehalt eingetragen werden, bedarf das ihrer Zustimmung. 186 Es ist hierbei zu beachten, dass ein wirtschaftlicher Nachteil bereits zum Zeitpunkt der Zustimmung eintritt, da es

¹⁸⁰ Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 62; Bengel/Reimann/Schaub, § 1, Rn. 120.

¹⁸¹ Vgl. KG Rpfleger 1968, 189; Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 63; Schöner/Stöber, Rn. 3450; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 1, Rn. 120, § 5, Rn. 80.

¹⁸² Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 63; Bengel/Reimann/Schaub, § 1, Rn. 120.

¹⁸³ Vgl. BGH, NJW 1980, 1577; Schöner/Stöber, Rn. 3452; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 82.

¹⁸⁴ Vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3450 Fußnote 18; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 81.

¹⁸⁵ Vgl. Bauer/Schaub, § 52, Rn. 66; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 86 f.

¹⁸⁶ Vgl. Bauer/*Schaub*, § 52; Rn. 67.

dieser bei späterer Ausübung des Rangvorbehalts nicht mehr bedarf. 187

Bei zeitgleicher Eintragung von Grundpfandrecht und Rangvorbehalt wird nicht von einer unentgeltlichen Verfügung bezüglich des Rangvorbehaltes ausgegangen werden können, da die Rechtsposition der Erben von vorneherein nur eingeschränkt eingeräumt wurde.¹⁸⁸

Soll der Rangvorbehalt allerdings später eingetragen werden, so ist wegen der wirtschaftlichen Einbuße die Unentgeltlichkeit nach den vorstehenden Grundsätzen zur Bestellung von Grundpfandrechten zu beurteilen.

2. Gewährung einer Grundstücksausstattung

Der Testamentsvollstrecker kann als Ausstattung (§ 1624 BGB) einem Kind des Erblassers ein Grundstück oder Grundstücksrecht zuwenden. Die diesbezügliche Verpflichtung muss dem Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung des Erblassers auferlegt werden oder zumindest durch Auslegung zu ermitteln sein. In der Ausstattung liegt zwar keine Schenkung i.S.d. § 516 BGB vor, sie erfolgt allerdings gleichwohl objektiv ohne Gegenleistung. Daher ist der Testamentsvollstrecker zu einer solchen Verfügung gemäß § 2205 S. 3 BGB nicht berechtigt. Im Übrigen ist zu beachten, dass eventuelle Ausgleichszahlungen an die anderen Miterben gemäß §§ 2050, 2052 und 2316 BGB zu leisten sind, wenn die ausgestattete Person gleichzeitig Miterbe ist.

3. Betriebs- und Hofübergabe

Zur Übergabe eines zum Nachlass gehörenden Betriebs, Unternehmens oder landwirtschaftlichen Hofs an einen Miterben ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, soweit der Erblasser dies in seiner letztwilligen Verfügung bestimmt hat. Ist durch den Erblasser nicht der Wert der Übergabe bestimmt, so ist der wirkliche Wert des Nachlassgegenstandes ausschlaggebend. ¹⁹⁰ Bei landwirtschaftlichem Gut gilt im Zweifel der Ertragswert gemäß § 2049 BGB als maßgebend. Ist in bestimmten Gegenden die Hofübergabe unterhalb des Ertragswerts üblich, so ist die Ansetzung eines niedrigeren Wertes problemlos möglich, da dieser dann dem wirklichen Wert entspricht. ¹⁹¹ In anderen Fällen ist der Testamentsvollstrecker zur Übergabe unter dem wirklichen Wert nicht verfügungsbefugt, soweit sich keine diesbezügliche Anordnung in der letztwilligen

¹⁸⁷ Vgl. Bauer/Schaub, § 52; Rn. 67; Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 88.

¹⁸⁸ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 89.

¹⁸⁹ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 60.

¹⁹⁰ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 62.

¹⁹¹ Vgl. Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, Rn. 63; a. A. Schöner/Stöber, Rn. 3449.

Verfügung des Erblassers befindet. Es gelten hier die bereits aufgeführten Grundsätze der Verfügungsbeschränkungen für den Testamentsvollstrecker.

Für den Fall, dass der Erblasser einen Wert der Übergabe bestimmt hat, muss sich der Testamentsvollstrecker daran halten. Falls sich bis zum Zeitpunkt der Übergabe wertbestimmende Faktoren ändern, kann der Testamentsvollstrecker die Erblasseranordnung gemäß § 2216 Abs. 2 BGB außer Kraft setzen lassen oder die Zustimmung der Erben, Nacherben und Vermächtnisnehmer einholen, um den Preis zu ermäßigen.¹⁹²

Auch hier sind gegebenenfalls wieder etwa zu erfolgende Ausgleichszahlungen an die übrigen Miterben gemäß §§ 2050, 2052 und 2316 BGB vorzunehmen.

Für die Übertragung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke ist das Genehmigungserfordernis des § 2 GrdstVG zu beachten.

4. Grundstücksvereinigung und Bestandteilszuschreibung

Bei der Grundstücksvereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB werden mehrere rechtlich selbstständige Grundstücke zu einem vereint. Das stellt eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 S. 3 BGB dar, weil der Wert des Nachlasses dadurch nicht geschmälert wird. 193 Der neue Grundstücksbestand deckt sich wertmäßig mit dem alten. Die ist auch der Fall, wenn die Einzelgrundstücke unterschiedlich belastet sind. Die Einzelbelastungen bleiben selbstständig weiter bestehen, da es nicht zu einer gesetzlichen Hafterstreckung kommt. 194

Bei der Bestandteilszuschreibung wird nach § 890 Abs. 2 BGB ein rechtlich selbstständiges Grundstück zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht. Wenn das Hauptgrundstück nicht in Abt. III belastet ist, liegt hier eine wirksame Verfügung des Testamentsvollstreckers vor, da eine Wertminderung nicht gegeben ist. Sofern das Hauptgrundstück in Abt. III belastet ist, bewirkt dies eine gesetzliche Hafterstreckung auf das zugeschriebene Grundstück gemäß § 1131 S. 1 BGB. Hiermit erfolgt eine Wertminderung am Grundstück und es handelt sich demnach um eine unentgeltliche Verfügung Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 S. 3 BGB. 195 Die Verfügung ist daher unwirksam, wenn "keine Umstände ersichtlich sind, die diese Wertverschlechterung vom Standpunkt einer ordnungsgemäßen Verwaltung als

¹⁹² Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 65.

¹⁹³ Vgl. Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 73; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 58; Schöner/Stöber, Rn. 631.

¹⁹⁴ Vgl. Bauer/*Schaub*, § 52, Rn. 73.

¹⁹⁵ Vgl. Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 58; Schöner/Stöber, Rn. 657.

notwendig oder doch billigenswert erscheinen lassen". 196 Es ist unerheblich, ob das zugeschriebene Grundstück belastet ist oder nicht oder ob Belastungen in Abt. II vorliegen, da in diesen Fällen keine gesetzliche Hafterstreckung nach § 1131 S. 1 BGB greift. Eine Wertminderung ist daher ausgeschlossen.

5. Ausübung und Löschung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht des Erblassers geht auf die Erben gemäß § 1922 BGB über, wenn es als subjektiv dingliches Recht als Bestandteil des Grundstücks (§ 96 BGB) der Gesamtrechtsnachfolge unterliegt oder weil es als subjektiv persönliches Recht ausnahmsweise vererblich gestaltet wurde (§§ 1098 Abs. 1, 473 BGB). Der Testamentsvollstrecker hat gemäß §§ 2205, 2211 Abs. 1 BGB die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über dieses Vorkaufsrecht. Eine Beschränkungen seiner Befugnisse wegen der höchstpersönlich Natur des betroffenen Rechts ist nicht anzunehmen. Dies dient auch dem Zweck eine rasche Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts zu garantieren. Der von dem Eigentümer mit einem Dritten geschlossene Kaufvertrag ist daher dem Testamentsvollstrecker gemäß § 469 Abs. 1 BGB mitzuteilen.

In den Fällen, dass der Erblasser Wohnungseigentum angemietet hat, kann für ihn ein gesetzliches Vorkaufsrecht gemäß § 577 BGB entstehen. Mit seinem Tod wird das Mietverhältnis gemäß § 564 BGB mit den Erben fortgesetzt, wenn nicht eine der in §§ 563, 563a BGB genannten Personen in den Mietvertrag eintritt. Wird der Mietvertrag nach dem Tod des Erblassers mit den Erben fortgesetzt, so kann das Vorkaufsrecht von diesen nicht geltend gemacht werden, da der Erblasser zwar das Mietverhältnis, aber nicht das Recht aus § 577 BGB vererben kann. Wird der Mietvertrag mit den Sonderrechtsnachfolgern gemäß §§ 563, 563a BGB fortgesetzt, so bleibt das gesetzliche Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 4 BGB bestehen. Dieses Sondererbrecht ist ein höchstpersönliches Recht und unterliegt nicht der Testamentsvollstreckung. 199 Die Erben bleiben damit verfügungsbefugt und der Kaufvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Dritten ist gemäß § 469 Abs. 1 BGB ihnen gegenüber mitzuteilen.

Für die Löschung des Vorkaufsrechts bedarf es der Bewilligung (§ 19 GBO) des bewilligungsberechtigte Testamentsvollstreckers. Mit Löschung des Vorkaufsrechts wird dieses im Grundbuch gemäß § 875 BGB aufgehoben. Das Verfügungsrecht ist dabei aber gemäß § 2205 S. 3 BGB beschränkt. Es ist daher vom Grundbuchamt die Entgeltlichkeit der Löschung des sich im Nachlass

¹⁹⁶ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 100.

¹⁹⁷ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 106.

¹⁹⁸ Vgl. a.a.O.

¹⁹⁹ Vgl. Bengel/Reimann/Schaub, § 5, Rn. 107.

befindlichen Vorkaufsrechts zu prüfen. Von einer Wertlosigkeit des Vorkaufsrechts kann prinzipiell nicht ausgegangen werden, da dieses Recht selbstständig veräußerlich ist.²⁰⁰ Die Gegenleistung ist auch in dem Fall zu erbringen, wenn der Betroffene (Inhaber des Vorkaufsrechts) und der Begünstigte (Grundstückseigentümer) identisch ist.²⁰¹ Würde der Betroffene eine Gegenleistung erbringen, so würde diese in den Nachlass hinein und aus seinem freien Privatvermögen hinaus fließen.²⁰² Damit würde es der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers unterliegen und gegebenenfalls im Nacherbfall in den Besitz des Nacherben übergehen.²⁰³ Kann die Entgeltlichkeit nicht ausreichend nachgewiesen werden, so ist im Zweifel die Zustimmung der Erben und gegebenenfalls der Nacherben und Vermächtnisnehmer beizubringen.

6. Freigabe an die Erben

Der Testamentsvollstrecker hat gemäß § 2227 Abs. 1 S. 1 BGB Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, den Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Die Freigabe liegt vor, wenn der Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück dem Erben zur freien Verfügung berechtigt und ihm nicht nur die Nutznießung oder Verwaltung gestattet wird.²⁰⁴ Mit der Überlassung erlischt sein Recht zur Verwaltung der Gegenstände gemäß § 2227 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Erben haben dann die freie Verfügungsbefugnis über das freigegebene Nachlassgrundstück.

Die Freigabeerklärung ist an keine Form gebunden, wobei der Nachweis dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO zu führen ist. ²⁰⁵ Für den Fall, dass der Testamentsvollstrecker gleichzeitig Notar ist, ist zu beachten, dass die öffentliche Beglaubigung nicht durch Eigenurkunde ersetzt werden kann. ²⁰⁶ Vom Grundbuchamt ist nicht zu prüfen, ob die Freigabe durch den Testamentsvollstrecker mit dessen Pflichten im Einklang steht. ²⁰⁷

Infolge der Freigabe ist der Erbe im Wege der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) einzutragen, soweit dies noch nicht erfolgt ist. Gleichzeitig ist der Testamentsvollstreckervermerk (§ 52 GBO) auf Antrag zu löschen.

²⁰⁰ Vgl. BayObLG, MittBayNot</sup> 1983, 229 ff.

²⁰¹ Vgl. a.a.O.

²⁰² Vgl. a.a.O.

²⁰³ Vgl. a.a.O.

²⁰⁴ Vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2217, Rn. 5.

²⁰⁵ Vgl. OLG Hamm, MDR 1973, 500; Meikel/*Böhringer*, § 52, Rn. 37; Demharter, § 52, Rn.9; Palandt/*Weidlich*, a.a.O.

²⁰⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 1989, 58; Demharter, § 52, Rn. 9; Bengel/Reimann/*Schaub*, § 5, 103.

²⁰⁷ Vgl. Demharter, § 52, Rn. 9; Schöner/Stöber, Rn. 3456.

E. Fazit

Die Bedeutung der angeordneten Testamentsvollstreckung für die grundbuchrechtliche Praxis wurde eingehend erläutert.

Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers wurden eingehend dargelegt. Diesem steht nach §§ 2205, 2211 BGB die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu, während die Erben davon ausgeschlossen sind. Er wird in seinen Befugnissen durch das Schenkungsverbot nach § 2205 S. 3 BGB, durch etwa angeordnete Beschränkungen des Erblasser gemäß § 2208 BGB und durch das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB beschränkt. Entgegen diesen Beschränkungen ist er mit Zustimmung der Erben, Nacherben und Vermächtnisnehmern dazu berechtigt, Verfügungen wirksam zu treffen. Fällt die Verfügungsbefugnis nachträglich weg und liegen die Voraussetzungen des § 878 BGB vor, so wird die Befugnis nach herrschender Meinung als fortbestehend fingiert.

Seine Verfügungsbefugnis ist dem Grundbuchamt nach § 35 Abs. 2 GBO nachzuweisen. Es ist demnach ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder die letztwillige Verfügung von Todes wegen samt ihrer Eröffnungsniederschrift und der Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers vorzulegen.

Daneben wurden auch Besonderheiten einzelner Grundstücksverfügungen dargelegt, insbesondere wie die Entgeltlichkeit dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen ist.

Zudem wurden die Eintragungs- und Löschungsvoraussetzungen für die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks erläutert. Dieser ist nach § 52 GBO von Amts wegen immer gleichzeitig mit der Eintragung der Erben als neue Eigentümer bzw. Rechtsinhaber im Grundbuch einzutragen. Er dient dem Zweck, den gutgläubigen Erwerb des unbeweglichen Nachlassgegenstandes vom nicht berechtigten Erben gemäß §§ 2211 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 2 BGB zu verhindern.

Es wurden zudem viele Vorteile der Anordnung einer Testamentsvollstreckung dargelegt. Vor allem ist die Testamentsvollstreckung bei Beteiligung von beschränkt geschäftsfähigen Erben sinnvoll. Der Testamentsvollstrecker bedarf dabei nämlich nicht den familien- und betreuungsgerichtlichen Genehmigungen wie die Eltern, der Vormund oder der Betreuer. Außerdem wird damit die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses vereinfacht. So liegt diese im

Ermessen und im Aufgabenbereich des objektiven und kompetenten Testamentsvollstreckers. Es werden somit Streitigkeiten zwischen den Erben verhindert. Genauso wie die Nichtabwicklung des Nachlasses, weil ein oder mehrere Erben nicht genügend Zeit haben oder verhindert sind, den Nachlass abzuwickeln. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Erbe im Ausland wohnt. Zugleich wird der Nachlass vor der Unerfahrenheit oder der Böswilligkeit der Erben geschützt.

Des Weiteren ist ein Vorteil der Anordnung der Testamentsvollstreckung, dass der Zugriff von Gläubigern eines Erben auf den Nachlassteil des Erben erschwert wird. Die Verfügungsbefugnis am Nachlassteil bleibt für den Testamentsvollstrecker bestehen, auch in den Fällen der Pfändung des Erbanteils oder der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Erben.

Um mit der Testamentsvollstreckung erfolgreich dem Willen des Erblassers zu entsprechen, muss dieser also viele Faktoren berücksichtigen, um die Durchsetzung seines Willens erfolgreich zu sichern. Er muss diese daher an seine konkreten Bedürfnisse anpassen und sie dementsprechend anordnen.

Literaturverzeichnis

Bauer, Hans-Joachim/ Schaub, Bernhard, Kommentar zur Grundbuchordnung, 4. Auflage, München 2018;

Bengel, Manfred/ Reimann, Wolfgang, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Auflage, München 2017;

Böhringer, Walter/ Böttcher, Roland/ Grziwotz, Herbert/ Hertel, Christian/ Krause, Thomas/ Morvilius, Theodor/ Nowak, Barbara/ Schmidt-Räntsch, Johanna/ Schneider, Wolfgang/ Wagner, Helmut, Meikel, Kommentar zur Grundbuchordnung, 11. Auflage, Köln 2015;

Burandt, Wolfgang/ Rojahn, Dieter, Kommentar zum Erbrecht, 3. Auflage, München 2019;

Demharter, Johann, Kommentar zur Grundbuchordnung, 31. Auflage, München 2018;

Krätzschel, Holger/ Falkner, Melanie/ Döbereiner, Christoph, Handbuch der Rechtspraxis, Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage, München 2019;

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Auflage, München 2019;

Riedl, Ernst/ Volmer, Michael/ Wilsch, Harald, Handbuch der Rechtspraxis, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage, München 2012;

Schmenger, Wolfgang, Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr, BWNotZ 2004, 97;

Zimmermann, Walter, Die Testamentsvollstreckung, Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis, 4. Auflage, Berlin 2014.

Eidesstattliche Versicherung

Ich erkläre hiermit an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe; die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die gedruckt und digitalisierte Form der Diplomarbeit sind identisch.

Laura Weber

Chemnitz, den 26. Mai 2019