

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**5-6/2004**

September  
Seiten 97-120

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Schmenger*  
Testamentsvollstreckung  
im Grundbuchverkehr ..... 97

*Linde*  
Gewußt wo – Gesetze, Verordnungen,  
Erlasse in Bund und Land ..... 121

**Buchbesprechungen** ..... 122

## Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr<sup>1</sup>

(von Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen)

### 1. Allgemeine Grundlagen

#### 1.1 Anordnung, Ernennung, Amtsstellung, Beendigung, Dauer

- 1.1.1 Anordnung der Testamentsvollstreckung
- 1.1.2 Ernennung
- 1.1.3 Amtsstellung
- 1.1.4 Beendigung des Amtes
  - 1.1.4.1 Beendigung des Amtes der betreffenden Person
  - 1.1.4.2 Beendigung des Amtes insgesamt
  - 1.1.4.3 Keine Maßnahmen des Nachlassgerichts bei Beendigung des Amtes / keine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses
  - 1.1.4.4 Beendigung des Amtes bezüglich einzelner Gegenstände
- 1.1.5 Dauer der Testamentsvollstreckung

#### 1.2. Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers / Arten der Testamentsvollstreckung

- 1.2.1 Abwicklungsvollstreckung / regulärer Aufgabenkreis
- 1.2.2 (Nur-) Verwaltungsvollstreckung
- 1.2.3 Dauervollstreckung
- 1.2.4 Vermächtnisvollstreckung
- 1.2.5 Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft
  - 1.2.5.1 Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB
  - 1.2.5.2 Gewöhnliche Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben
  - 1.2.5.3 Kombination von Vor- und Nacherbenvollstreckung
  - 1.2.5.4 Gewöhnliche Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben
- 1.2.6 Weitere Anordnungen des Erblassers, Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers nach § 2208 BGB

#### 1.3 Eintragungen des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch

- 1.3.1 Zweck der Eintragung
- 1.3.2 Eintragungsgrundlage
- 1.3.3 Eintragungsvermerk

- 1.3.4 Eintragung nur zusammen mit Eintragung des Erben
- 1.3.5 Wirkungen des Testamentsvollstreckervermerks
- 1.3.6 Anforderungen an die Angabe der Testamentsvollstreckung im Erbschein
- 1.3.7 Testamentsvollstreckerzeugnis
  - 1.3.7.1 Reichweite des öffentlichen Glaubens
  - 1.3.7.2 Anforderungen an den Inhalt
  - 1.3.7.3 Prüfungspflicht des Grundbuchamtes

#### 1.4 Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch

- 1.4.1 Grundbuchunrichtigkeit
  - 1.4.1.1 Testamentsvollstreckung ist nicht angeordnet
  - 1.4.1.2 Nachlaßgegenstand unterliegt nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers
  - 1.4.1.3 Freigabe an die Erben
    - 1.4.1.1 Beendigung der Testamentsvollstreckung
- 1.4.2 Veräußerung des Grundstücks, Abtretung oder Löschung des Grundstücksrechts
- 1.4.3 Gegenstandslosigkeit

#### 1.5 Zuerwerb von Grundbesitz

### 2. Einzelne Fallgestaltungen:

#### 2.1. Normalfall der Veräußerung von Grundbesitz durch den Testamentsvollstrecker:

- 2.1.1 Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers
- 2.1.2 Nachweis der Annahme bei öffentlichem Testament
- 2.1.3 Prüfung der Unentgeltlichkeit der Veräußerung
- 2.1.4 Eintragung der Vormerkung
- 2.1.5 Eintragung des Finanzierungspfandrechtes
  - 2.1.5.1 Prüfung der Unentgeltlichkeit
  - 2.1.5.2 Grundbuchberichtigung
  - 2.1.6.3 Löschung bzw. Nichteintragung des Testamentsvollstreckervermerks

#### 2.2. Erfüllung einer Anordnung des Erblassers / Auflassung auf Grund Teilungsplans:

- 2.2.1 Anordnung des Erblassers
- 2.2.2 Teilungsplan

<sup>1</sup> Vortrag, gehalten auf der XXXIV. Lautenbacher Notarfortbildung des Badischen Notarvereins vom 09.03.2004 bis 12.03.2004;

### 2.3. Dingliche Entziehung bzw. Beschränkung der Verfügungsmacht

2.3.1 Untersagung der Veräußerung / Zustimmung der Erben bzw. auch Nacherben

2.3.2 Anordnung des Verkaufs

### 2.4 Abgrenzung zwischen Nur Verwaltungsvollstreckung zu Auseinandersetzungsvollstreckung

### 2.5 Unentgeltliche Veräußerung / Zustimmung weiterer Beteiligter, z.B. Vermächtnisnehmer / Prüfungspflicht des Grundbuchamtes

2.5.1 Entscheidung des BGH vom 24.09.1971

2.5.1.1 Begriff der Unentgeltlichkeit

2.5.1.2 Unentgeltlichkeit als absolute Verfügungsbeschränkung?

2.5.1.3 Keine Einbeziehung der Vermächtnisnehmer in den Schutzbereich der Verfügungsbeschränkungen

2.5.1.4 Einbeziehung der Vermächtnisnehmer in den Schutzbereich des § 2205 Satz 3 BGB

2.5.2 Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 15.11.2000

2.5.3 Stellungnahme

## 1. Allgemeine Grundlagen

1.1 Anordnung, Ernennung, Amtsstellung, Beendigung, Dauer

### 1.1.1 Anordnung der Testamentsvollstreckung

Der Erblasser muss die Testamentsvollstreckung gesondert durch Testament anordnen (§ 2197 BGB), andernfalls findet eine Testamentsvollstreckung nicht statt. Eindeutig ist die Formulierung, „ich ordne Testamentsvollstreckung an“. Bestimmte Worte müssen jedoch nicht gebraucht werden. Verwendet der Erblasser unscharfe Formulierungen wie z.B. Treuhänder oder Nachlassverwalter, oder beauftragt er eine bestimmte Person, etwas nach seinem Tode zu regeln, so ist stets durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Testamentsvollstreckung gewollt und angeordnet ist.<sup>2</sup> Von der Anordnung der Testamentsvollstreckung ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers zu unterscheiden (dazu unten unter 1.1.2). In der Ernennung eines Testamentsvollstreckers liegt jedoch inzident immer die entsprechende Anordnung.

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann nur durch den Erblasser erfolgen. Eine Bestimmung, wonach ein Dritter bestimmen soll, ob eine Testamentsvollstreckung stattfindet, ist wegen Verstoßes gegen §§ 2064, 2065 BGB als nichtig anzusehen.<sup>3</sup> Dagegen sind Drittbestimmungsrechte im Rahmen der Ernennung der betreffenden Person, die die Testamentsvollstreckung ausführen soll, zulässig. Soweit ein öffentliches Testament vorliegt, ist das Grundbuchamt zur eigenen Prüfung verpflichtet, inwieweit eine

### 2.6 Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anstatt Testamentsvollstreckervermerk

2.6.1 Testamentsvollstreckervermerk

2.6.2 Verfügungsbeschränkung

### 2.7 Beteiligung von Minderjährigen

## 3. Die Verfügungsbeschränkung des Erben / Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers:

### 3.1 Die Bedeutung des § 878 BGB für den Grundbuchverkehr

### 3.2 Grundfälle zu § 878 BGB

3.2.1 Verlust der Verfügungsbefugnis nach Antragseingang beim Grundbuchamt

3.2.2 Verlust der Verfügungsbefugnis vor Antragseingang beim Grundbuchamt

3.2.3 Tod des Verfügungsberechtigten nach Auflassung

3.2.4 Gutgläubiger Erwerb und Grundbuch

### 3.3 Anwendung des § 878 BGB auf den Fall des Verlustes der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers?

wirksame Anordnung der Testamentsvollstreckung vorliegt.<sup>4</sup>

### 1.1.2 Ernennung

Von der Anordnung der Testamentsvollstreckung ist die Ernennung der Person zu unterscheiden, welche die Testamentsvollstreckung durchführen soll. Der Erblasser kann die Person selbst benennen, die die Testamentsvollstreckung übernehmen soll, er kann dies aber auch, anders als bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung, einem Dritten (§ 2198 BGB) oder dem Nachlassgericht (§ 2200 BGB) überlassen.

Erfolgt die Ernennung durch einen Dritten, so hat dies in notariell beglaubigter Form zu erfolgen (§ 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB). Erfolgt die Ernennung durch das Nachlassgericht auf entsprechendes Ersuchen (§ 2200 BGB), so geschieht dies durch Beschluss. Der Ernennungsbeschluss hat nicht die rechtlichen Wirkungen eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Auf Antrag des Ernannten ist ihm deshalb ein Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß 2368 BGB zu erteilen.<sup>5</sup>

Der Erblasser kann Ersatztestamentsvollstrecker bestimmen bzw. anordnen, dass solche durch Dritte oder das Nachlassgericht bestimmt werden. Er kann mehrere Testamentsvollstrecker benennen und diesen dabei einzeln Aufgaben zur Erledigung zuweisen; möglich ist aber auch zu bestimmen, dass alle oder im Einzelnen näher bestimmte Aufgaben von einem oder mehreren Testamentsvollstreckern nur gemeinschaftlich ausgeübt werden dürfen.

<sup>2</sup> vgl. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 2. Auflage 2003, Rdn. 16, 48; BayObLG Rpfleger 1993, 63 = FamRZ 1992, 1354;

<sup>3</sup> Zimmermann, a.a.O., Rdn.16, 1.1.3;

<sup>4</sup> OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 399 = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589 mit weiteren Nachweisen.

<sup>5</sup> Zimmermann, a.a.O., Rdn. 83;

### 1.1.3 Amtsstellung

Nach der Rechtsprechung und h.M. gilt bezüglich der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers die Amtstheorie. Der Testamentsvollstrecker hat die Stellung eines Treuhänders und ist Inhaber eines privaten Amtes.<sup>6</sup> Er ist nicht Vertreter oder Beauftragter des Erblassers und auch nicht des Nachlasses, da dem Nachlass keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Ebensowenig ist er Vertreter der Erben, denn er kann gegen diese vorgehen. Er übt vielmehr sein Amt aus eigenem Recht gemäß dem letzten Willen des Erblassers aus. Er ist berechtigt, den Nachlass im eigenen Namen zu verwalten, hierüber zu verfügen und sonst zu handeln.<sup>7</sup> Der Theorienstreit über die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ist letztlich ohne nennenswerte praktische Bedeutung und wirkt sich nur aus, wenn prozessiert wird. So ist z.B. bei einer Klage des Testamentsvollstreckers dieser der Kläger und nicht der Erbe, vertreten durch den Testamentsvollstrecker.<sup>8</sup>

Das Amt beginnt mit der Annahme; diese ist erst nach Eintritt des Erbfalls zulässig und erfolgt durch formlose Annahme gegenüber dem Nachlassgericht (§ 2202 BGB). Vor der Amtsannahme sind weder der Testamentsvollstrecker noch der Erbe verfügungsbefugt.

#### 1.1.4 Beendigung des Amtes

Zu unterscheiden ist zwischen der Beendigung des Amtes lediglich in der Person des ernannten Testamentvollstreckers und der Beendigung des Amtes als solches, also einer Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt.<sup>9</sup>

##### 1.1.4.1 Beendigung des Amtes der betreffenden Person

Eine Beendigung des Amtes lediglich in der Person des Testamentsvollstreckers kann in folgenden vom Gesetzgeber vorgesehenen Tatbeständen eintreten:

- Tod des Testamentsvollstreckers (§ 2225 BGB),
- Eintritt der Geschäftsunfähigkeit; Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder Bestellung eines Betreuers (§§ 2225, 2201 BGB),
- Kündigung durch den Testamentsvollstrecker, die mit Eingang beim Nachlassgericht wirksam wird (§ 2226 BGB),
- Entlassung durch das Nachlassgericht (§ 2227), wobei das Amt mit Zustellung der Entscheidung (§ 16 FGG) ohne Rücksicht auf den Eintritt der Rechtskraft endet.<sup>10</sup>

Ähnlich ist die Situation, wenn der Testamentsvollstrecker das Amt überhaupt nicht annimmt. Die Nichtannahme bezieht sich nur auf seine Person.

##### 1.1.4.2 Beendigung des Amtes insgesamt

Ist in den vorgenannten Fällen eine Ersatzbestimmung (vgl. §§ 2197 Abs. 2, 2198, 2199 Abs. 2, 2200 BGB) in der Verfügung von Todes wegen nicht ausdrücklich getroffen und ist auch nicht durch Auslegung zu ermitteln, dass eine

solche gewollt war, so ist auch die Testamentsvollstreckung insgesamt beendet.<sup>11</sup>

Die Beendigung des Amtes tritt im übrigen ein, wenn sämtliche dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben erledigt sind.<sup>12</sup> Die Testamentsvollstreckung kann insbesondere auch durch Zeitablauf (§ 2210 BGB) oder einen vom Erblasser verfügten Endtermin oder eine von ihm verfügte auflösende Bedingung enden.<sup>13</sup>

##### 1.1.4.3 Keine Maßnahmen des Nachlassgerichts bei Beendigung des Amtes/keine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses

Einer Aufhebung der Testamentsvollstreckung oder einer besonderen Entlassung des Testamentsvollstreckers bzw. amtlichen Handlung des Nachlassgerichts bedarf es für die Beendigung nicht<sup>14</sup>, mit Ausnahme bei der Entlassung (Entlassungsbeschluss)<sup>15</sup> oder Kündigung (Entgegennahme durch das Nachlassgericht)<sup>16</sup>. Dies birgt gewisse Risiken für den Grundbuchverkehr, weil vielfach nicht ohne weiteres zu erkennen ist, ob der Testamentsvollstrecker noch zur Verfügung berechtigt ist.<sup>17</sup>

So erfolgt insbesondere keine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses durch das Nachlassgericht entsprechend § 2361 BGB. Eine solche scheidet aus, da das Zeugnis mit Erlöschen des Amtes von selbst gemäß § 2368 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB kraftlos wird.<sup>18</sup> Ebensowenig erfolgt eine Kraftloserklärung oder Herausgabe an das Nachlassgericht, wie dies beim Erbschein der Fall ist (vgl. §§ 2361 Abs. 2 und 2362 BGB).

Eine Einziehung (§§ 2368 Abs. 3 Halbsatz 1, 2361 BGB) kommt nur dann in Betracht, wenn das Nachlassgericht ein unrichtiges Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt hat.<sup>19</sup>

##### 1.1.4.4 Beendigung des Amtes bezüglich einzelner Gegenstände

Das Amt des Testamentsvollstreckers kann auch gegenständig beschränkt durch die Freigabe gemäß § 2217 BGB (Überlassung an die Erben) oder der Veräußerung durch den Testamentsvollstrecker beendet sein.

Ist Gegenstand der Freigabe Grundbesitz, so wird der Testamentsvollstreckervermerk an dem betreffenden Grundbesitz gelöscht, wenn die Freigabe in der Form des § 29 GBO nebst entsprechender Antragstellung etwa wie folgt erklärt ist:<sup>20</sup>

„Das Grundstück Flurst. Nr. wird gemäß § 2217 BGB dem Erben zur freien Verfügung überlassen. Es wird bewilligt<sup>21</sup> und beantragt, den Testamentsvollstreckervermerk zu löschen“

<sup>6</sup> BGHZ 25, 275; Palandt/Edenhofer, 62. Auflage, vor § 2197, Rdn. 2; vgl. zum Theorienstreit bezüglich der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, z.B. Vertretertheorie, Treuhändertheorie usw.: Bengel/Reimann Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Auflage, Kapitel 1, Rdn. 11; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 141 ff;

<sup>7</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., vor § 2197, Rdn. 2;

<sup>8</sup> Zimmermann, a.a.O., Rdn. 141 ff;

<sup>9</sup> Zahn, Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr, MittRhNotK 2000, 89, 91; BayObLG DNotZ 1996, 102, 104 = Rpfleger 1995, 160;

<sup>10</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2227, Rdn. 4;

<sup>11</sup> RG 156, 70 (76); BayObLG DNotZ 1996, 102 = Rpfleger 1995, 160, 161; BayObLG ZEV 2001, 284 = FamRZ 2002, 641; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2225, Rdn. 1;

<sup>12</sup> BGH Z 41, 23; BayObLG Rpfleger 1988, 265; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1300; Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 7, Rdn. 37; a.A. Zimmermann, a.a.O., Rdn. 837;

<sup>13</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2268, Rdn. 10;

<sup>14</sup> BGH Z 41, 23; BayObLG Rpfleger 1988, 265; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1300;

<sup>15</sup> Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 7, Rdn. 28;

<sup>16</sup> Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 7, Rdn. 14;

<sup>17</sup> siehe hierzu unten 3.3.;

<sup>18</sup> BayObLG NJW-RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2368, Rdn. 10;

<sup>19</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2368, Rdn. 11; BayObLG Rpfleger 1993, 67 = FamRZ 1992, 1354; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 581;

<sup>20</sup> Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 7, Rdn. 46;

<sup>21</sup> so die Formulierung von Bengel/Reimann; eine Bewilligung im eigentlichen Sinne ist jedoch nicht möglich, vgl. unten 1.4.1;

Mit wirksamer Veräußerung scheidet der betreffende Gegenstand aus dem Nachlass aus; die Testamentsvollstreckung erlischt hieran. Bei Veräußerung von Grundbesitz kann dies wie folgt in der Kaufvertragsurkunde deutlich gemacht werden:<sup>22</sup>

„Durch die Veräußerung scheidet das Grundstück Flurst. Nr. aus dem Nachlass aus. Es wird beantragt, den Testamentsvollstreckervermerk zu löschen.“

### 1.1.5 Dauer der Testamentsvollstreckung

Die Höchstgrenze der Dauer einer Testamentsvollstreckung von 30 Jahren nach dem Erbfall gemäß § 2210 BGB gilt nur für die Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) und zwar für jede Form der Verwaltungsvollstreckung. Die Vorschrift des § 2210 BGB gilt nicht für die normale Testamentsvollstreckung mit den sich aus § 2205 BGB ergebenden Rechten. Hier endet die Testamentsvollstreckung erst mit der Erledigung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers. Die normale Testamentsvollstreckung kann deshalb über die Höchstgrenzen des § 2210 BGB hinaus fortauern.<sup>23</sup>

Mit Ablauf der Höchstfrist einer Verwaltungsvollstreckung ist diese von selbst beendet. Einer Aufhebung durch das Nachlassgericht oder Amtsniederlegung durch den Testamentsvollstrecker bedarf es dann nicht.<sup>24</sup>

Gemäß § 2210 Satz 2 BGB kann der Erblasser anordnen, dass die Verwaltung bis zum Tode des Erben oder Testamentsvollstreckers oder bis zum Eintritt eines anderen Ereignisses in deren Person fortauern soll. Dies kann zu einer Durchbrechung der Höchstfrist von 30 Jahren und gegebenenfalls zu einer lebenslänglichen Beschränkung des Erben führen. Ordnet der Erblasser z.B. an, dass die Testamentsvollstreckung bis zum Tode des als Erbe eingesetzten Enkels auf dessen Lebenszeit dauern soll und ist dieser beim Erbfall 10 Jahre alt, so dauert diese 70 Jahre, wenn der Enkel 80 Jahre alt wird.

In Verbindung mit einer Ermächtigung zur Nachfolgeernennung (§ 2199 Abs. 2 BGB) könnte eine Testamentsvollstreckung nahezu zeitlich uneingeschränkt dauern.<sup>25</sup> Eine mittels einer solchen Konstruktion geschaffene zeitlich unbegrenzte Testamentsvollstreckung wird in der Literatur zu Recht als unzulässig abgelehnt und gefordert, dass die Dauer sich nur dann nach der Lebenszeit des Erben oder Nacherben oder Nachfolgetestamentsvollstreckers richtet, wenn er zum Zeitpunkt des Erbfalls schon lebt.<sup>26</sup>

Da eine juristische Person nicht stirbt und unbegrenzt fortbestehen kann, ordnet § 2210 Satz 3 BGB in Verbindung mit § 2163 Abs. 2 BGB an, dass es bei der Höchstfrist von 30 Jahren verbleibt, wenn Erbe oder Testamentsvollstrecker eine juristische Person sind.

## 1.2 Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers/Arten der Testamentsvollstreckung

Der Testamentsvollstrecker hat den Willen des Erblassers auszuführen. Inhalt und Umfang seines Amtes können im Rahmen des durch die §§ 2203 ff BGB gewährten Spielraumes sehr mannigfaltig sein. Die Aufgabe des

Testamentsvollstreckers kann sich in der Erfüllung eines einzelnen Vermächnisses oder einer Auflage erschöpfen; es können ihm aber auch umfangreiche Rechte bis hin zu einer auf Jahrzehnte dauernden Verwaltungsvollstreckung erteilt werden.<sup>27</sup> Der jeweilige Aufgabenkreis des Testamentsvollstreckers kann zwar in bestimmte bereits durch das Gesetz vorgegebene bzw. zugelassene Typen, wie Abwicklungsvollstreckung, Nur-Verwaltungsvollstreckung, Dauervollstreckung, Vermächnisvollstreckung, Nacherbenvollstreckung eingeteilt werden. Zu beachten ist jedoch, dass alle Typen im Rahmen des gesetzlich Möglichen wiederum in sich beliebig eingeschränkt, erweitert oder kombiniert werden können.<sup>28</sup>

### 1.2.1 Abwicklungsvollstreckung/regulärer Aufgabenkreis

Wird Testamentsvollstreckung angeordnet, ohne dass der Aufgabenkreis näher bestimmt ist, so ergibt sich der Aufgabenkreis aus den gesetzlichen Regelungen, nämlich

- Ausführung der letztwilligen Verfügung, § 2203 BGB,
- Bewirkung der Auseinandersetzung, § 2204 BGB;
- Verwaltung des Nachlasses, §§ 2205, 2209 BGB,
- Eingehung von Verbindlichkeiten, jedoch nur im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung, § 2206 BGB.

Besonderer Erwähnung bedarf das grundsätzlich erteilte Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers. Das Verwaltungsrecht gilt allgemein, ausschließlich und unbeschränkt. Es erstreckt sich auf den ganzen Nachlass und schließt in diesem Umfang das Verfügungsrecht des Erben gemäß § 2211 BGB aus.<sup>29</sup>

### 1.2.2 (Nur-) Verwaltungsvollstreckung

Der Erblasser kann anordnen, dass der Testamentsvollstrecker

- lediglich den Nachlass zu verwalten (§ 2209 Satz 1 Halbsatz 1 BGB),
- bzw. lediglich die Verwaltung nach Erledigung der sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen (§ 2209 Satz 1 Halbsatz 1 BGB)

und im übrigen weder letztwillige Anordnungen auszuführen noch die Auseinandersetzung durchzuführen hat. In diesen Fällen liegt eine reine Verwaltungsvollstreckung vor.<sup>30</sup>

Eine solche reine Verwaltungsvollstreckung kommt etwa bei einer Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§§ 2338 Abs. 1, 2214 BGB, § 863 ZPO) in Betracht.<sup>31</sup> Sie bietet sich auch bei der Nießbrauchslösung im gemeinschaftlichen Testament an, wenn der überlebende Ehegatte als Testamentsvollstrecker den betreffenden Grundbesitz nicht veräußern darf, sondern diesen nur verwalten soll.

Bei der Anordnung einer solchen reinen Verwaltungsvollstreckung ist auf die genaue Formulierung zu achten, da in der Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung grund-

<sup>22</sup> Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 7, Rdn. 52;

<sup>23</sup> vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2210, Rdn. 1; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 21;

<sup>24</sup> RG 81, 166;

<sup>25</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2210, Rdn. 3;

<sup>26</sup> Münchener Kommentar/ Brandner, 3. Auflage § 2210 Rdn. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2210, Rdn. 3; vgl. hierzu auch Zimmermann, a.a.O., Rdn. 25;

<sup>27</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., vor § 2297, Rdn. 3; vgl. zu den einzelnen Typen Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 1, Rdn. 61 ff; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 141 ff;

<sup>28</sup> vgl. hierzu Zimmermann, a.a.O., Rdn. 142 ff;

<sup>29</sup> Bengel/Reimann a.a.O., Kapitel 1, Rdn. 61;

<sup>30</sup> Zimmermann, a.a.O., Rdn. 150;

<sup>31</sup> Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 92; vgl. zur Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Auflage, Rdn. 513 ff;

sätzlich nicht der Entzug der Verfügungsbefugnis zu sehen ist. Auch dem Verwaltungsvollstrecker (§ 2209 BGB) stehen mangels anders lautender Anordnung des Testamentsvollstreckers die gesamten Befugnisse nach § 2205 BGB zu.<sup>32</sup>

Zu beachten ist ferner, dass bereits die Anordnung der reinen Verwaltungsvollstreckung gemäß § 2209 Satz 1 Halbsatz 1 BGB über § 2209 Satz 2 BGB gegenüber dem Normalfall der Abwicklungsvollstreckung eine Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis (§ 2207 BGB) mit sich bringt.<sup>33</sup>

### 1.2.3 Dauervollstreckung

Die Dauervollstreckung gemäß § 2209 Satz 1 Halbsatz 2 BGB beschränkt den Erben erheblich. Normalerweise handelt es sich bei der Verwaltung um eine dem Testamentsvollstrecker neben seinen sonstigen Aufgaben, nämlich Ausführung der letztwilligen Verfügungen (§ 2203 BGB) und Auseinandersetzung unter den Miterben (§ 2204 BGB), obliegende zusätzliche und damit zusammenhängende Tätigkeit, die regelmäßig mit der Beendigung der Aufgaben des Testamentsvollstreckers erledigt ist.<sup>34</sup> Die Dauervollstreckung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie sich mit der Beendigung der Auseinandersetzung des Nachlasses als Verwaltungsvollstreckung fortsetzt. Die Anordnung der Dauervollstreckung bedeutet eine zeitliche Verlängerung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers. Den Zeitraum kann der Erblasser, abgesehen von den Grenzen des § 2210 BGB, beliebig bestimmen. Auch bei der Dauervollstreckung sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Hinblick auf § 2207 BGB erweitert. Ist nichts besonderes geregelt, so umfaßt dieser Typus selbstverständlich auch die Auseinandersetzung des Nachlasses.

### 1.2.4 Vermächtnisvollstreckung

Gemäß § 2223 BGB kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zweck ernennen, dass dieser für die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerden sorgt. An Stelle des Nachlasses tritt das beschwerte Vermächtnis. Der Alleinerbe kann zugleich Vermächtnistestamentsvollstrecker sein.<sup>35</sup> Die gesetzlichen Vorschriften zur Testamentsvollstreckung gelten entsprechend. Ist der vermachte Gegenstand ein Grundstück oder Grundstücksrecht, so kommt auch die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks entsprechend § 52 GBO in Betracht. Mit einer solchen Eintragung wird deutlich, dass dem Vermächtnisnehmer die Verfügungsbefugnis entsprechend § 2211 Abs. 1 BGB entzogen ist. Eine Vermächtnisvollstreckung kann auch in der Weise angeordnet werden, daß der Vermächtnisnehmer über das vermachte Grundstück oder Grundstücksrecht nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers verfügen kann. Ist dies nach dem zu ermittelnden Willen des Erblassers mit Außenwirkung (dinglicher Wirkung) angeordnet, so kann ein diesbezüglicher Vermerk in das Grundbuch eingetragen werden. Die Grundbucheintragung bewirkt, dass ein gutgläubiger Erwerb ohne die erforderliche Zustimmung des Testamentsvollstreckers ausgeschlossen ist.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; Staudinger/Reimann (1996) § 2205 Rdn. 12; Münchener Kommentar/Brandner, 3. Auflage § 2205 Rdn. 50, § 2209, Rdn. 10; vgl. hierzu auch unten 2.4;

<sup>33</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2207, Rdn. 1; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 92;

<sup>34</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2209, Rdn. 2;

<sup>35</sup> vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2223, Rdn. 1;

<sup>36</sup> BayObLG DNotZ 1991, 548 = Rpfleger 1990, 365; vgl. hierzu unten 2.6;

## 1.2.5 Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft

Bei Vor- und Nacherbfolge kann der Erblasser sowohl gewöhnliche Testamentsvollstreckung ab Erbfall nur für den Vorerben für die Dauer der Vorerbschaft sowie ab Erbfall nur für den Nacherben für die Dauer der Nacherbschaft anordnen. Er kann aber auch beide Anordnungen hintereinander schalten.<sup>37</sup> Diese Arten der Testamentsvollstreckung haben nichts mit der reinen Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB zu tun. Deshalb ist im Zweifel auch nicht anzunehmen, dass ein allgemein ernannter Testamentsvollstrecker auch Nacherbenvollstrecker sein soll.<sup>38</sup> Besonderheiten gelten, wenn der Erblasser für die Dauer der Vorerbschaft zugleich einen Nacherbenvollstrecker nach § 2222 BGB eingesetzt hat.

### 1.2.5.1 Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB

Die Anordnung einer reinen Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB beschränkt sich auf die Wahrnehmung derjenigen Rechte und Pflichten, die dem Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls während der Zeit der Vorerbschaft gegenüber dem Vorerben zustehen, beispielsweise die Erteilung einer nach den §§ 2113 ff BGB erforderlichen Zustimmung zu einer Verfügung des Vorerben oder Wahrung der Rechte nach §§ 2116- 2119, 2121-2123, 2127, 2128 sowie 2115 BGB in Verbindung mit § 773 ZPO. Dem Nacherbenvollstrecker stehen keinerlei Verwaltungsrechte zu. Er hat nicht mehr oder weniger Rechte und Pflichten als sie dem Nacherben gegenüber dem Vorerben zustehen.<sup>39</sup>

Da der Nacherbenvollstrecker voll an die Stelle der Nacherben tritt, scheiden z.B. Pflegerbestellung oder familiengerichtliche Genehmigungen bei minderjährigen Nacherben aus.<sup>40</sup>

Der Nacherbentestamentsvollstrecker nach § 2222 BGB kann insbesondere bei einer Grundstücksveräußerung wirksam auf die Eintragung des Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichten. Das Grundbuchamt ist nicht befugt, die Zweckmäßigkeit eines derartigen Verzichts zu prüfen.<sup>41</sup> Dem Nacherbenvollstrecker steht jedoch nicht die rechtliche Befugnis zu, auf die Anwartschaft des Nacherben selbst zu verzichten. Durch den Verzicht auf die Eintragung im Grundbuch wird lediglich die Wirkung des Nacherbenvermerks im Grundbuch beseitigt, der Nachlass selbst wird dadurch nicht frei von den Rechten des Nacherben. Der Verzicht enthält keine Verfügung über das Nacherbenrecht oder über einen Nachlassgegenstand.<sup>42</sup>

### 1.2.5.2 Gewöhnliche Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben

Ist der Testamentsvollstrecker nur für den Vorerben ernannt, so ist umstritten, ob er den für den Vorerben geltenden Beschränkungen der §§ 2113 bis 2115 BGB unterliegt. Nach überwiegender Ansicht wird dies bejaht. Denn der für den Vorerben ernannte Testamentsvollstrecker kann nicht mehr Rechte haben als der Vorerbe.<sup>43</sup>

<sup>37</sup> vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222, Rdn. 1; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 166 ff; Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 192 ff;

<sup>38</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222 Rdn. 1;

<sup>39</sup> BGHZ 127, 360 = NJW 1995, 456 = Rpfleger 1995, 298; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222, Rdn. 2 und 3;

<sup>40</sup> BayObLG DNotZ 1990, 56, 57 = Rpfleger 1989, 412;

<sup>41</sup> BayObLG DNotZ 1990, 56 = Rpfleger 1989, 412;

<sup>42</sup> BayObLG DNotZ 1990, 56 = Rpfleger 1989, 412;

<sup>43</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 198 Zimmermann, a.a.O., Rdn. 373; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28; Münchener Kommentar/Brandner, 3. Auflage § 2222 Rdn. 7; Mayer/Bonfeld/Daragan, Testamentsvollstreckung, Rdn. 546;

Ist der Vorerbe jedoch befreiter Vorerbe, so ist der Testamentsvollstrecker lediglich den sich aus der Testamentsvollstreckung ergebenden Vorschriften unterworfen.<sup>44</sup>

### 1.2.5.3 Kombination von Vor- und Nacherbenvollstreckung

Eine uneingeschränkte Testamentsvollstreckung an der Vorerbschaft kann noch eindeutiger erreicht werden, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich für den Vor- und Nacherben, für letzteren zumindest als solcher gemäß § 2222 BGB, eingesetzt ist. Testamentsvollstrecker kann dabei die gleiche Person sein.<sup>45</sup> Der alleinige Vorerbe kann jedoch nicht zum Testamentsvollstrecker für den alleinigen Vorerben bestellt werden. Auch kann der alleinige Vorerbe nicht Nacherbenvollstrecker sein.<sup>46</sup> Ein Mitvorerbe ist als Nacherbenvollstrecker dagegen nicht ausgeschlossen.<sup>47</sup> Der alleinige Nacherbe kann dagegen als Testamentsvollstrecker des Vorerben bestellt werden.<sup>48</sup>

Mit einer solchen Regelung – eine Person als Testamentsvollstrecker für Vor- und Nacherben zu bestellen – können die Interessenkonflikte zwischen Vor- und Nacherben in der Person des Testamentsvollstreckers ausgeglichen werden.<sup>49</sup> Bei Nebeneinanderbestehen von Dauertestamentsvollstreckung und angeordneter Nacherbfolge ist die Nacherbenvollstreckung im Sinne des § 2222 BGB geeignet, die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers weiter zu stärken; der Testamentsvollstrecker ist im Ergebnis von den Beschränkungen der Nacherbfolge freigestellt, weil er insoweit auch über die Rechtsposition der Nacherben verfügen kann (§ 2205 Satz 2 BGB). Der Mangel der Verfügungsbefugnis des Vorerben (§ 2113 BGB) wird durch die Zustimmung des Nacherben geheilt, wobei die des Primär-Nacherben genügt.<sup>50</sup> Verkauft ein derart bestellter Testamentsvollstrecker ein zum Nachlass gehörendes Grundstück, so ist der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk ohne Bewilligung der Nacherben zu löschen.<sup>51</sup>

Durch eine solche Regelung können die Rechte des Vorerben oder des Nacherben jedoch nicht stärker beschränkt werden, als es der Fall wäre, wenn für den Vor- und Nacherben zwei verschiedene Testamentsvollstrecker bestellt worden wären, insbesondere können Kontroll- und Auskunftsrechte der Nacherben nicht umgangen werden.<sup>52</sup>

### 1.2.5.4 Gewöhnliche Testamentsvollstreckung nur für den Nacherben

Insoweit ergeben sich keine Besonderheiten. Es handelt sich um eine Testamentsvollstreckung, die in jeder Form und Variation möglich ist und erst mit dem Anfall der Nacherbschaft beginnt.

### 1.2.6 Weitere Anordnungen des Erblassers, Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers nach § 2208 BGB

Weitere Mischformen bezüglich der Ausgestaltung von Testamentsvollstreckungsanordnungen ergeben sich dadurch, dass der Erblasser gemäß § 2208 BGB die Rechte des Testamentsvollstreckers beschränken kann.

Aus §§ 2205 Satz 1 und 2 sowie 2211 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass Testamentsvollstrecker grundsätzlich über die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände Verfügungsberechtigt ist. Rechtsinhaber ist und bleibt jedoch der Erbe. Diese grundsätzliche Trennung von Rechtsinhaberschaft und Verfügungsberechtigung wird jedoch in § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB durchbrochen. Der Testamentsvollstrecker hat die in §§ 2203 bis 2206 BGB bestimmten Rechte nicht, soweit anzunehmen ist, dass sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen.

Der Erblasser kann beispielsweise die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nach seinem Willen wie folgt beschränken:<sup>53</sup>

- Entziehung eines Teils der Rechte, z.B. ein bestimmtes Grundstück darf nicht veräußert oder belastet werden;
- Bindung an die Zustimmung der Erben, z.B. ein bestimmtes Grundstück darf nur mit Zustimmung der Erben veräußert werden;
- Bindung an die Zustimmung des Testamentsvollstreckers, z.B. Vermächtnisnehmer darf nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers über das Grundstück verfügen;
- Beschränkung auf die Verwaltung; z.B. ein bestimmtes Grundstück darf nicht veräußert, sondern soll nur verwaltet werden;
- Beschränkung auf vermittelnde und schlichtende Tätigkeit;
- nur Übertragung einzelner Rechte; z.B.: Einsetzung als Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB zur Ausübung der Rechte des Nacherben; Einsetzung als Vermächtnisvollstrecker gemäß § 2223 BGB zur Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerden (z.B. Auflage oder Untervermächtnis an Vermächtnisnehmer, Anordnung eines Nachvermächtnisses);
- Anordnung, in einer bestimmten Weise über ein Grundstück zu verfügen, z.B. ein bestimmtes Grundstück ist zu veräußern und der Erlös an die Erben zu verteilen;
- Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf den Erbteil nur eines Erben (z.B. beim Behindertentestament).

Nach h.M. führt die Anordnung derartiger Beschränkungen je nach Ausgestaltung dazu, dass dem verwaltenden Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht mit dinglicher Wirkung entzogen ist und entsprechende Verfügungen somit unwirksam sind.<sup>54</sup> Bemerkenswert bei dieser recht-

<sup>44</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 195; differenzierend Münchener Kommentar/ Brandner, 3. Auflage § 2222 Rdn. 10;

<sup>45</sup> BGHZ 127, 360 = NJW 1995, 456 = Rpfleger 1995, 298; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222, Rdn. 1;

<sup>46</sup> OLG Zweibrücken Rpfleger 1998, 156 = NJW RR 1998, 666; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222, Rdn. 2;

<sup>47</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2222, Rdn. 2; BayObLG DNotZ 1990, 56 = Rpfleger 1989, 412;

<sup>48</sup> vgl. DNotI-Report 2003, 145;

<sup>49</sup> BGHZ 127, 360 = NJW 1995, 456 = Rpfleger 1995, 298;

<sup>50</sup> BGHZ 56, 275, 280; BGHZ 40, 115, 119; OLG Hamm, Beschluss vom 11.04.02, Beckonline;

<sup>51</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 193, 194;

<sup>52</sup> BGHZ 127, 360 = NJW 1995, 456 = Rpfleger 1995, 298;

<sup>53</sup> vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2208, Rdn. 1;

<sup>54</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357; OLG Zweibrücken = DNotZ 2001, 399 mit Anmerkung Winkler = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589 mit Anmerkung Lettmann; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2208, Rdn. 2; Staudinger/Reimann (1996) § 2208 Rdn. 17; Münchener Kommentar/Brandner, 3. Auflage § 2208 Rdn. 7; § 2205 Rdn. 81; Bengel/Reimann, a.a.O., Kapitel 4, Rdn. 128; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 413; kritisch hierzu Winkler DNotZ 2001, 401, 402 in einer Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 400;

lichen Situation ist, dass es weiterhin bei der Verfügungsbeschränkung des Erben bleibt, diesem nunmehr aber nicht etwa die Rechtsinhaberschaft wieder uneingeschränkt zufällt. Vielmehr kommt zu seiner Verfügungsbeschränkung eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinzu. Da in einer solchen Situation weder der Erbe noch der Testamentsvollstrecker verfügen könnte, wäre der Nachlassgegenstand dem Rechtsverkehr auf Dauer entzogen. Da dies gegen § 137 Satz 1 BGB verstoßen würde, kann diese Blockierung stets durch eine gemeinsame Verfügung von Testamentsvollstrecker und allen Erben überwunden werden.<sup>55</sup>

Derartige Beschränkungen sind im Testamentsvollstreckerzeugnis zu vermerken, soweit sie für den Rechtsverkehr Bedeutung erlangen.<sup>56</sup>

Daneben kann der Erblasser Verwaltungsanordnungen gemäß § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB erlassen. Hierbei stellt sich die Frage, wann im Außenverhältnis wirkende Beschränkungen nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB und wann nur im Innenverhältnis wirkende Verwaltungsanordnungen nach § 2216 Abs. 2 Satz BGB vorliegen<sup>57</sup>. Die Vertragspraxis hat sich, soweit eine entsprechende Kasuistik bereits durch die Rechtsprechung erarbeitet ist, wie z.B. die dinglich wirkende Entziehung eines Nachlassgrundstücks<sup>58</sup> (z.B. Verbot der Veräußerung oder Anordnung, ein Grundstück zu verkaufen und den Erlös zu verteilen) hieran auszurichten.

Gemäß § 2208 Abs. 2 BGB ist ferner eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers im Sinne einer Anordnung einer lediglich beaufsichtigenden Vollstreckung möglich. Eine derartige Regelung gibt dem Testamentsvollstrecker nicht die Befugnis der §§ 2203 bis 2206 BGB, sondern nur den Anspruch, vom Erben die Ausführung bestimmter Verfügungen (z.B. Durchführung von Teilungsanordnungen, Erfüllung von Vermächtnissen und Auflagen) zu verlangen.<sup>59</sup>

Die Grenze möglicher Aufgabenerweiterung zieht § 2220 BGB. Von den dort aufgeführten zwingenden Vorschriften der § 2215 BGB (Nachlassverzeichnis), § 2216 BGB (ordnungsgemäße Verwaltung), § 2218 BGB (Rechnungslegung), § 2219 BGB (Haftung) kann nicht befreit werden. Auch kann der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht von dem Verbot befreien, über Nachlassgegenstände unentgeltlich zu verfügen (§ 2205 Satz 3 BGB) und darauf gerichtete Verpflichtungen einzugehen (§ 2207 Satz 2 BGB).<sup>60</sup> Ausgenommen sind lediglich die Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2205 Satz 2 BGB).

### 1.3 Eintragungen des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch

#### 1.3.1 Zweck der Eintragung

Mit der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch wird der gutgläubige Erwerb von den Erben

<sup>55</sup> BGHZ 40, 115; BGHZ 56, 275; BGHZ 57, 85; BGH NJW 1984, 2464; Münchener Kommentar/Brandner, 3. Auflage § 2205 Rdn. 83; Staudinger/Reimann (1996) § 2208 Rdn. 6 a; siehe hierzu unten: 2.3.1;

<sup>56</sup> siehe hierzu unten 1.3.7.2;

<sup>57</sup> Winkler DNotZ 2001, 401, 402 in einer Anmerkung zu dem Beschluss des OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 400; vgl. zur Abgrenzung auch BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25;

<sup>58</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357; OLG Zweibrücken = DNotZ 2001, 399 mit Anmerkung Winkler = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589 mit Anmerkung Lettmann;

<sup>59</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2208, Rdn. 7; BayObLG DNotZ 1991, 548 = Rpfleger 1990, 365;

<sup>60</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 32;

durch einen Dritten ausgeschlossen (§§ 2211 Abs. 2, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die eingetretene Verfügungsbeschränkung des Erben ist für jeden aus dem Grundbuch ersichtlich.

#### 1.3.2 Eintragungsgrundlage

Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks in das Grundbuch (§ 35 GBO) kann nur erfolgen, wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung aus dem Erbschein ersichtlich (§ 2364 Abs. 1 BGB) oder auf Grund des Erbnachweises durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde mit Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 GBO) nachgewiesen ist. Das Testamentsvollstreckerzeugnis allein genügt nicht.<sup>61</sup>

Der Erbschein ist in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen.<sup>62</sup> Eine beglaubigte Abschrift genügt nicht, da der Erbschein eingezogen sein kann.<sup>63</sup>

Ein Testamentsvollstreckerzeugnis ist ebenfalls in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen.<sup>64</sup> Da die Urschriften bei der Nachlassakte verbleiben, erfolgt eine Vorlage der Urschriften in der Regel nicht, allenfalls jedoch mit der Vorlage der Nachlassakten, sofern diese bei dem selben Amtsgericht<sup>65</sup> geführt werden.<sup>66</sup>

Da allein ein Testamentsvollstreckerzeugnis für die Eintragung nicht genügt, ist zusätzlich immer ein Erbschein erforderlich. Umstritten ist aber, ob umgekehrt nur die Vorlage des Erbscheins als Grundlage für die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks ausreichend ist.

Nach einer Auffassung genügt der Erbschein für sich allein nicht, da er nur die Ernennung<sup>67</sup> des Testamentsvollstreckers nach § 2364 BGB, nicht aber etwaige Beschränkungen seines Verwaltungsrechtes bezeugt.<sup>68</sup> Dem Grundbuchamt müsse nämlich gemäß § 35 GBO neben der Ernennung auch stets der Umfang des Verwaltungsrechtes des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden. Nach anderer Auffassung<sup>69</sup> genügt bereits der Erbschein an sich. Letzterer Auffassung ist zu folgen, da es für die Eintragung im Grundbuch auf die Verfügungsbeschränkung des Erben und nicht des Testamentsvollstreckers ankommt und wesentliche gegenständliche Beschränkungen der Testamentsvollstreckung (z.B. nur ein Grundstück unterliegt der Testamentsvollstreckung) sich nach neuerer Auffassung bereits aus dem Erbschein ergeben.<sup>70</sup>

<sup>61</sup> Haegeler/Schöner Stöber, Grundbuchrecht 13. Auflage, (nachstehend stets als „Haegeler“ zitiert) Rdn. 3466;

<sup>62</sup> BGH DNotZ 1982, 159 = Rpfleger 1982, 16;

<sup>63</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 23;

<sup>64</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 60; BayObLG DNotZ 1996, 20, 21 = MittRhNotK 1995, 177 = FamRZ 1996, 111;

<sup>65</sup> bzw. in Baden-Württemberg – bei dem Notariat, welchem gleichermaßen die Zuständigkeit für das betreffende Grundbuchamt obliegt.

<sup>66</sup> vgl. BGH DNotZ 1982, 159 = Rpfleger 1982, 16; Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 24;

<sup>67</sup> Das Gesetz spricht in § 2364 BGB von der „Ernennung“. Es besteht jedoch einhellige Meinung, dass dabei nicht der Name des Testamentsvollstreckers im Erbschein angegeben wird, sondern die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung zum Ausdruck kommt.

<sup>68</sup> Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 11; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 101;

<sup>69</sup> Meikel/Kreiss, Grundbuchrecht, 7. Auflage, § 52 Rdn. 4; Schneider „Zur Antragsbefugnis und zu den Eintragungsgrundlagen im Grundbuchberichtigungsverfahren bei angeordneter Testamentsvollstreckung“, MittRhNotK 2000, 283;284; vgl. dort auch Fußnote 25 mit weiteren Nachweisen bezüglich der anderen Auffassung; so wohl auch Haegeler, a.a.O., Rdn. 3466, der jedoch andererseits die Beschränkungen des Verfügungsrechtes nur dem Testamentsvollstreckerzeugnis entnehmen will;

<sup>70</sup> siehe hierzu 1.3.6;



### 1.3.3 Eintragungsvermerk

Der Eintragungsvermerk im Grundbuch lautet:

„Testamentsvollstreckung ist angeordnet.  
Eingetragen am...“

Die dem Wortlaut der Vorschrift des § 2364 Abs. 1 BGB angepaßte Formulierung,

„Ein Testamentsvollstrecker ist ernannt“

ist (wie auch der Wortlaut des § 2364 BGB) irreführend, da es auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung und nicht auf die Person des Testamentsvollstreckers ankommt.<sup>71</sup>

Bezieht sich die Testamentsvollstreckung nur auf einen Erbteil, wird der Vermerk lauten:

„Testamentsvollstreckung für den Miterbenanteil  
des ..... ist angeordnet.“<sup>72</sup>

Der Name des Testamentsvollstreckers, die Beschränkungen seiner Befugnisse bzw. der Umfang seiner Vertretungsmacht sind grundsätzlich nicht einzutragen. Sie ergeben sich aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis.<sup>73</sup>

Die Eintragung erfolgt

- bei Grundstücken (usw.) des Erben in Abteilung II Spalten 1-3 (§ 10 Abs. 1 Buchstabe b, Abs. 2-4 GBV),
- bei den für den Erben eingetragenen Rechten an Grundstücken (usw.) in der Spalte „Veränderungen“ der Abteilung II oder III. Eintragung in Abteilung II Spalte 3 oder Abteilung III Spalte 4 erfolgt jedoch, wenn der Vermerk (wie bei Grundbuchberichtigung oder Surrogationserwerb) sogleich mit dem Recht eingetragen wird (§ 10 Abs. 4, 5, § 11 Abs. 5, 6 GBV).<sup>74</sup>

### 1.3.4 Eintragung nur zusammen mit Eintragung des Erben

Wird eine Berichtigung auf die Erben vorgenommen, so gebietet § 52 GBO, zugleich den Testamentsvollstreckervermerk einzutragen. Die isolierte Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ist nach völlig überwiegender Meinung nicht zulässig.<sup>75</sup> Ist die Eintragung dennoch erfolgt, so ist der Vermerk gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen.<sup>76</sup> Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks hat von Amts wegen zu erfolgen. Diese Vorschrift stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, dass Eintragungen nur auf Antrag vorgenommen werden dürfen (§ 13 GBO).<sup>77</sup>

Der Testamentsvollstrecker kann weder die Eintragung verbieten, noch auf diese verzichten, da er sein Amt nicht im eigenen Interesse ausübt.<sup>78</sup> Ein Verzicht auf die Eintragung ist jedoch mittelbar dadurch möglich, dass der Testamentsvollstrecker die Freigabe des Grundstücks

gemäß § 2217 Abs. 1 BGB, z.B. an die Erben erklärt. In diesem Fall unterbleibt die Eintragung.<sup>79</sup>

### 1.3.5 Wirkungen des Testamentsvollstreckervermerks

Die Eintragung schützt den Testamentsvollstrecker gegen Verfügungen des Erben. Sie schließt das Verfügungsrecht des Erben gänzlich aus (§ 2211 Abs. 1 BGB) und bewirkt auch eine Sperre des Grundbuchs. Eine Verfügung, die der Erbe dennoch vornimmt, ist unwirksam.<sup>80</sup> Diese Wirkungen bestehen bei angeordneter Testamentsvollstreckung bereits ab Tod.<sup>81</sup> Jedoch ist mit dem Eintragungsvermerk nunmehr auch jeder gutgläubige Erwerb ausgeschlossen.

Eine Verfügung des Erben über einen der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaßgegenstand ist trotz § 2211 BGB wirksam,

- wenn sie mit Einwilligung des Testamentsvollstreckers (auch gegen den Erblasserwillen) erfolgt (§ 185 Abs. 1 BGB; Nachweis: § 29 GBO);
- wenn der Testamentsvollstrecker sie (auch gegen den Erblasserwillen) genehmigt (§ 185 Abs. 2 BGB; Nachweis: § 29 GBO);
- mit Erlöschen der Testamentsvollstreckung für den einzelnen Nachlaßgegenstand oder mit Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt (§ 185 Abs. 2 BGB).<sup>82</sup>

Das Grundbuchamt hat die Eintragung gemäß § 891 BGB (gesetzliche Vermutung eines eingetragenen Rechts) solange als maßgebend anzusehen, bis ihm Tatsachen bekannt werden, die ihre Unrichtigkeit ergeben; solche Tatsachen darf es aber nicht dadurch schaffen, dass es die Grundlagen früherer Eintragungen erneut nachprüft.<sup>83</sup>

### 1.3.6 Anforderungen an die Angabe der Testamentsvollstreckung im Erbschein

Gemäß § 2364 Abs. 1 BGB ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Erbschein anzugeben. Dies beschränkt sich in der Regel in folgender Formulierung:

„Testamentsvollstreckung ist angeordnet.“<sup>84</sup>

Der Name des Testamentsvollstreckers oder Beschränkungen seiner Befugnisse werden im Erbschein, abgesehen von bestimmten Ausnahmen<sup>85</sup>, nicht angegeben. Insoweit ist das Testamentsvollstreckerzeugnis maßgeblich (§ 2368 Abs. 1 BGB).<sup>86</sup>

Die gemäß § 35 Abs. 1 GBO zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt erforderliche Vorlage des Erbscheins kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der Testamentsvollstrecker unter Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses dem Grundbuchamt die Erben namentlich bezeichnet.<sup>87</sup>

<sup>71</sup> Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 14 – 15;

<sup>72</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3467;

<sup>73</sup> Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 16; Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 52 Rdn. 12; Haegele, a.a.O., Rdn. 3467;

<sup>74</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3467;

<sup>75</sup> BayObLG DNotZ 1996, 99 = Rpfleger 1996, 148 = NJW RR 1996, 1167; Haegele, a.a.O., Rdn. 3466; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 13; Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18;

<sup>76</sup> Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18; a.A. Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 15;

<sup>77</sup> vgl. zu den im Gesetz relativ zahlreich vorgesehenen Ausnahmen Demharter, a.a.O., § 13 Rdn. 6;

<sup>78</sup> OLG München JFG 20, 294; Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 15; Haegele, a.a.O., Rdn. 3469;

<sup>79</sup> Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 15; Haegele, a.a.O., Rdn. 3469;

<sup>80</sup> Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 23; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 17; Haegele, a.a.O., Rdn. 3471

<sup>81</sup> BGH 25, 275, 282; BGH 48, 214, 220; BayObLG Rpfleger 1982, 226, 227;

<sup>82</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3472;

<sup>83</sup> Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 17;

<sup>84</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 247;

<sup>85</sup> siehe hierzu unten sowie Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 255;

<sup>86</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 244 ff; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 102; Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 20; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Auflage, 4.303 und 4.461

<sup>87</sup> OLG Köln Rpfleger 1992, 342;

Ist der Testamentsvollstrecker lediglich Vermächtnisvollstrecker nach § 2223 BGB, so ist dies im Erbschein nicht zu vermerken. Die Beschränkungen des Vermächtnisnehmers betreffen nicht den Erben.<sup>88</sup> Die Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB, die bereits ab Eintritt der Vorerbschaft für den Nacherben wirksam wird, wird dagegen im Erbschein angegeben.<sup>89</sup>

Wird der Erbe zu keinem Zeitpunkt in der Verfügungsmacht beschränkt, so z.B. bei einer beaufsichtigenden Testamentsvollstreckung gemäß § 2208 Abs. 2 BGB, so ist die Testamentsvollstreckung im Erbschein überhaupt nicht zu erwähnen.<sup>90</sup>

Sind im Testament Befugnisse des Testamentsvollstreckers beschränkt, so sind diese, so auch die wohl frühere h.M.<sup>91</sup> grundsätzlich im Erbschein nicht anzugeben. Hiervon werden jedoch nach neuerer Auffassung Ausnahmen gemacht. So ist anerkannt, dass eine Testamentsvollstreckung, die sich nur auf die Wahrung der Rechte des Nacherben bezieht (§ 2222 BGB), im Erbschein wie folgt zu vermerken ist:

„Für den Nacherben ist Testamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB angeordnet.“<sup>92</sup>

Ferner sind gegenständliche Beschränkungen im Erbschein anzugeben, so z.B. wenn nur ein Grundstück der Testamentsvollstreckung unterliegt oder für den gesamten Nachlass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, mit Ausnahme eines bestimmten Grundstücks.<sup>93</sup> Hier kann wie folgt formuliert werden:

„Testamentsvollstreckung ist angeordnet,  
beschränkt auf Grundstück Flurst. Nr. 1“

oder

„Testamentsvollstreckung ist angeordnet,  
mit Ausnahme für Grundstück Flurst. Nr. 1“<sup>94</sup>

Der Erbschein schafft nur die Rechtsvermutung, daß den im Erbschein verzeichneten Erben das Erbrecht zusteht, und daß es nicht weiter, als im Erbschein vermerkt, beschränkt ist. Dagegen besteht nicht die Vermutung, eine vermerkte Beschränkung bestehe tatsächlich.

Der Testamentsvollstrecker kann sich mit dem Erbschein deshalb auch nicht legitimieren. Die Funktion des Testamentsvollstreckervermerks besteht lediglich darin, den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Erben zu zerstören.<sup>95</sup>

### 1.3.7 Testamentsvollstreckerzeugnis

#### 1.3.7.1 Reichweite des öffentlichen Glaubens

Um seine Berechtigung nachzuweisen, bedient sich der Erbe im Rechtsverkehr eines Erbscheins. Der redliche Dritte kann sich auf die Richtigkeit verlassen (§ 2365 BGB).

Den gleichen Zweck erfüllt bei Anordnung der Testamentsvollstreckung das Testamentsvollstreckerzeugnis. Es begründet die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit und genießt öffentlichen Glauben. Die Vorschriften über

den Erbschein finden auf das Zeugnis entsprechende Anwendung (§§ 2368 Abs. 3 BGB, 2365 BGB). Das Zeugnis bestätigt, bzw. auf Grund des Zeugnisses wird vermutet, dass

- der darin Genannte rechtsgültig Testamentsvollstrecker ist,
- ihm das Testamentsvollstreckeramt in seinem regelmäßigen gesetzlichen Umfang, gegebenenfalls mit dem in Zeugnis angegebenen Erweiterungen, ursprünglich zustand,
- der Testamentsvollstrecker durch keine anderen als die im Zeugnis angegebenen Anordnungen beschränkt ist.<sup>96</sup>

Verfügt der Testamentsvollstrecker unter Vorlage des Zeugnisses über ein Nachlassgrundstück, obwohl er tatsächlich nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt ist oder ihm – ohne dass dies im Testamentsvollstreckerzeugnis angegeben ist – die Verfügungsbefugnis auf Grund von Beschränkungen des Erblassers nicht zusteht, so wird seine Rechtsmacht zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers fingiert.

Gutglaubensschutz entfaltet das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht für Geschäfte des Testamentsvollstreckers mit den Erben.<sup>97</sup>

Hervorzuheben ist, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht generell geschützt ist. Ein gutgläubiger Erwerb eines Nachlassgegenstandes, auf den sich die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht erstreckt, ist also auf Grund des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht möglich.<sup>98</sup> Hier gelten für den Gutgläubenserwerb die allgemeinen Regeln, nämlich inwieweit der Dritte darauf vertrauen darf, dass der Gegenstand dem Erben gehört. Das Zeugnis – entsprechendes gilt für den Erbschein – sagt nichts darüber aus, ob ein bestimmter Gegenstand zum Nachlass gehört und der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.<sup>99</sup>

Eine wesentliche Einschränkung des Verkehrsschutzes ergibt sich aus § 2368 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB. Da das Testamentsvollstreckerzeugnis mit Beendigung kraft Gesetzes kraftlos wird, entfaltet es keine Vermutung darüber, dass das Amt im Zeitpunkt der Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses noch besteht.<sup>100</sup> Hier von wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn die Beendigung auf einer vom Erblasser angeordneten Befristung oder auflösenden Bedingung beruht, welche im Testamentsvollstreckerzeugnis hätte angegeben werden müssen.<sup>101</sup> In diesem Fall darf sich der Rechtsverkehr darauf verlassen, dass das Amt noch nicht beendet ist und

<sup>88</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 251; Münchener Kommentar/Promberger, 3. Auflage § 2364 Rdn. 4;

<sup>89</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 250; Firsching/Graf, a.a.O., 4.305;

<sup>90</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 254; Firsching/Graf, a.a.O., 4.305;

<sup>91</sup> vgl. Firsching/Graf, a.a.O., 4.305;

<sup>92</sup> Firsching/Graf, a.a.O., 4.305;

<sup>93</sup> Firsching/Graf, a.a.O., 4.305; Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 255;

<sup>94</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 256;

<sup>95</sup> OLG Frankfurt WM 1993, 803; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 102;

<sup>96</sup> vgl. hierzu: Firsching/Graf, a.a.O., 4.449; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 103; Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 275;

<sup>97</sup> BGH Z, 41, 23, 30;

<sup>98</sup> BGH NJW 1981, 1271, 1272; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2211, Rdn. 8;

<sup>99</sup> BGH NJW 1981, 1271, 1272;

<sup>100</sup> h.M.: RGZ 83, 348, 352; BGHZ 41, 23; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2368, Rdn. 8; Münchener Kommentar/Promberger, 3. Auflage § 2368 Rdn. 41; Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 277; Bestelmeyer, Zur Zulässigkeit eines nachlassgerichtlichen Zeugnisses über die Fortdauer des Amtes des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 316;

<sup>101</sup> Staudinger Reimann, (1997) a.a.O., § 2368 Rdn. 26; Münchener Kommentar/Promberger, 3. Auflage § 2368 Rdn. 41; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2368, Rdn. 10; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 103; a.A.: Bestelmeyer, Zur Zulässigkeit eines nachlassgerichtlichen Zeugnisses über die Fortdauer des Amtes des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 316, 319, 320;

alle diejenigen Anordnungen des Erblassers, die eine Abweichung vom gesetzlichen Grundtyp der Testamentsvollstreckung darstellen, im Zeugnis angegeben sind.

### 1.3.7.2 Anforderungen an den Inhalt

Im Testamentsvollstreckerzeugnis sind grundsätzlich nur der Name des Erblassers und der Name des Testamentsvollstreckers anzugeben. Sind keine weiteren Angaben enthalten, kann der Rechtsverkehr davon ausgehen, dass Testamentsvollstreckung gemäß den gesetzlichen Regelungen (zunächst Auseinandersetzungsvollstreckung) angeordnet ist.

Umgekehrt bedeutet dies, dass solche Anordnungen des Erblassers zu erwähnen sind, die vom gesetzlichen Regelfall der §§ 2203 bis 2206 BGB abweichen und für den Rechtsverkehr von Bedeutung sind.<sup>102</sup>

Anzugeben sind damit jegliche Beschränkungen oder Erweiterungen der Vertretungsmacht, insbesondere hinsichtlich

- der Verwaltung des Nachlasses,
- der Freistellung bei der Eingehung von Verbindlichkeiten,
- der Anordnung einer reinen Verwaltungsvollstreckung ohne Veräußerungsbefugnis,
- der Anordnung einer Dauervollstreckung,<sup>103</sup>
- der Dauer der Verwaltungsbefugnis, Endtermin oder auf lösende Bedingung,
- einer Abweichung von § 2224 BGB bezüglich der Befugnisse mehrerer Testamentsvollstrecker,
- der Angabe des besondere Aufgabenkreises in den Fällen des § 2222 BGB (Nacherbfolge) und § 2223 BGB (Beschwerungen des Vermächtnisnehmers),
- der Anordnung negativer Teilungsanordnungen (z.B. Untersagung der Veräußerung, Untersagung der Veräußerung auf eine bestimmte Dauer),
- der Beschränkungen der Testamentsvollstreckung auf einen Erbteil, ein bestimmtes Grundstück oder einen Gegenstand (z.B. Firmenbeteiligung, Wertpapierdepot),
- der Beendigung des Amtes, wenn das Zeugnis erst nach Beendigung des Amtes erteilt wird.

Nicht anzugeben sind interne Verwaltungsanordnungen (§ 2216 BGB).<sup>104</sup>

Ferner nicht anzugeben sind Beschränkungen der Befugnisse bei der Testamentsvollstreckung über Gesellschaftsanteile, die sich aus dem Gesellschaftsrecht oder Gesellschaftsvertrag ergeben. Es gehört nicht zu den Aufgaben des Nachlassgerichts, im Rahmen des Verfahrens auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu klären, wo die vom Gesetz gezogenen Grenzen des Kompetenzbereiches des Testamentsvollstreckers im Gesellschaftsrecht verlaufen. Das ist vielmehr im Streitfall vom Prozeßgericht zu klären.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> hierzu und zum Folgenden: Firsching/Graf, a.a.O., Rdn. 4.462; Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 291 ff; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 268, 269; BGH NJW 1996, 1284, 1285 = Rpfleger 1996, 289; BayObLG Rpfleger 1999, 25 = NJW RR 1999, 1463;

<sup>103</sup> vgl. hierzu BayObLG Rpfleger 1993, 67 = FamRZ 1992, 1354; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 581;

<sup>104</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25;

<sup>105</sup> BGH NJW 1996, 1284, 1285 = Rpfleger 1996, 289;

### 1.3.7.3 Prüfungspflicht des Grundbuchamtes

Der Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis sind in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen<sup>106</sup>. Dabei hat das Grundbuchamt zunächst die Einhaltung der Form des Erbscheins und die sachliche Zuständigkeit der ausstellenden Behörde zu prüfen.<sup>107</sup>

Bei einem Widerspruch zwischen Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis entfällt der öffentliche Glaube beider Zeugnisse, soweit sich diese widersprechen (z.B. keine Angabe der Testamentsvollstreckung im Erbschein trotz Testamentsvollstreckerzeugnis).<sup>108</sup> Das Grundbuchamt wird deshalb bei Vorlage von Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis eine entsprechende Prüfung auf Widersprüche anstellen müssen.

Das Grundbuchamt hat grundsätzlich zu prüfen, ob die vom Testamentsvollstrecker vorgenommenen Verfügungen sich in den Grenzen seiner auf Grund Testamentsvollstreckerzeugnis oder Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde mit Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 GBO) nachgewiesenen Befugnisse bewegen.<sup>109</sup> Es hat ferner stets zu prüfen, ob eine unentgeltliche Verfügung vorliegt.<sup>110</sup> Denn hierzu ist der Testamentsvollstrecker nicht berechtigt (Ausnahme: Pflicht- und Anstandsschenkungen oder unentgeltliche Verfügungen bei Zustimmung aller Erben und betroffenen Vermächtnisnehmern). Eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers liegt nicht vor, wenn die Verfügung in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen ist.<sup>111</sup>

Sind dem Testamentsvollstreckerzeugnis Beschränkungen des Testamentsvollstreckers nicht zu entnehmen, so ist von der gesetzlichen Verfügungsbefugnis nach § 2205 Satz 2 und 3 BGB auszugehen. Dieses allein ist für die Befugnis des Testamentsvollstreckers maßgeblich<sup>112</sup>. An die Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers durch das Nachlassgericht ist das Grundbuchamt bei Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gebunden. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt; die Verantwortung trägt allein das Nachlassgericht.<sup>113</sup>

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn das Grundbuchamt neue, vom Nachlassgericht offenbar nicht berücksichtigte Tatsachen kennt, die die Unrichtigkeit des Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses in irgendeinem Punkt erweisen und daher die Einziehung erwarten lassen.<sup>114</sup>

Beruhet die Befugnis des Testamentsvollstreckers auf einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde mit Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 GBO), so hat das Grundbuchamt eigenständig den Umfang und etwaige Beschränkungen der Testamentsvollstreckung zu prüfen.<sup>115</sup>

<sup>106</sup> BGH DNotZ 1982, 159 = Rpfleger 1982, 16; Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 23 und 60; BayObLG DNotZ 1996, 20, 21 = MittRhNotK 1995, 177 = FamRZ 1996, 111;

<sup>107</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 25;

<sup>108</sup> BGH Z 33, 314; BGH Z 58, 105; BGH DNotZ 1991, 545 = FamRZ 1990, 1111;

<sup>109</sup> Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 23;

<sup>110</sup> Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 23;

<sup>111</sup> BayObLG NJW RR 1989, 587 = MittBayNot 1989, 163 = BWNotZ 1989, 87;

<sup>112</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25;

<sup>113</sup> BayObLG DNotZ 1991, 548, 550 = Rpfleger 1990, 365; BayObLG MittBayNot 1991, 122 = MittRhNotK 1991, 124 = BWNotZ 1991, 142;

<sup>114</sup> BayObLG MittBayNot 1991, 122 = MittRhNotK 1991, 124 = BWNotZ 1991, 142-144;

<sup>115</sup> OLG Zweibrücken DNotZ 2001, 399 = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589;

Gleiches kann möglicherweise gelten, wenn das Testamentsvollstreckerzeugnis auf das Testament verweist.<sup>116</sup> Im Falle einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift ist ferner die Amtsannahme nachzuweisen.<sup>117</sup>

Nach § 2368 Abs. 3 BGB wird das Zeugnis mit der Beendigung des Amtes ohne weiteres kraftlos. Das Grundbuchamt kann jedoch die Testamentsvollstreckung als fortdauernd ansehen, soweit Anhaltspunkte für eine Beendigung nicht gegeben sind.<sup>118</sup> Materiellrechtlich begründet das Zeugnis nur eine Vermutung. Im Grundbuchverfahren kommt ihm jedoch volle Beweiskraft dafür zu, dass die darin genannte Person der Testamentsvollstrecker ist und diese das Amt angenommen hat.<sup>119</sup>

Ist ein Testamentsvollstrecker auch Generalbevollmächtigter des Erblassers über den Tod hinaus und wird er als solcher tätig, dann unterliegt er nicht den Beschränkungen der Testamentsvollstreckung.<sup>120</sup>

Soweit es um die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes geht, hat das Grundbuchamt zumindest die Vorlage des die Testamentsvollstreckung ausweisenden Erbscheins zu verlangen.<sup>121</sup>

Geht es um eine Prüfung der Verfügungsbefugnis, so genügt die Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses oder der öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen in der entsprechenden Form. Der zusätzlichen Vorlage eines Erbscheins bedarf es nicht, es sei denn die Wirksamkeit der Verfügung hängt von der Beurteilung der Erbfolge ab.<sup>122</sup>

## 1.4 Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch

### 1.4.1 Grundbuchunrichtigkeit<sup>123</sup>

Der Testamentsvollstreckervermerk ist auf Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) zu löschen, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen (§ 22 Abs. 1 S 2 GBO) oder diese mit Beendigung der Testamentsvollstreckung offenkundig ist (§ 29 Abs. 1 S 2 GBO). Den Antrag kann auch der Erbe (jeder Miterbe allein) oder der Testamentsvollstrecker stellen. Die Unrichtigkeit ist stets durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Eine Berichtigungsbewilligung des Testamentsvollstreckers genügt nach h.M. nicht.<sup>124</sup> Dies folgt daraus, dass der Testamentsvollstrecker, wie sich aus dem Wortlaut des § 52 GBO ergibt, nicht auf die Eintragung des Vermerks verzichten kann. Stellen beispielsweise die Erben den Antrag auf Eintragung eines Rechtes und verlangen sie – unter Vorlage einer öffentlich beglaubigten Erklärung des Testamentsvollstreckers, dass die Testamentsvollstreckung durch Zeitablauf erloschen sei – zugleich die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks, so bedarf

es zum Nachweis des Erlöschens der Vorlage eines berechtigenden Erbscheins.<sup>125</sup>

Das Grundbuch kann in folgenden Fällen unrichtig sein:

#### 1.4.1.1 Testamentsvollstreckung ist nicht angeordnet

War die Testamentsvollstreckung überhaupt nicht angeordnet ist, so bedarf es zu einer Berichtigung des Grundbuchs eines neuen Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk.

#### 1.4.1.2 Nachlaßgegenstand unterliegt nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers

Auch hier bedarf es zu einer Berichtigung des Grundbuchs eines neuen Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk bzw. eines Vermerks, welcher das Grundstück von der Testamentsvollstreckung ausnimmt. Genügen würde hier aber auch ein berechtigendes Testamentsvollstreckerzeugnis, falls die Testamentsvollstreckung im übrigen fortbesteht, aus dem sich ergibt, dass das betreffende Grundstück von der Testamentsvollstreckung nicht betroffen ist.

#### 1.4.1.3 Freigabe an die Erben

Der Testamentsvollstrecker hat Nachlaßgegenstände, insbesondere Grundstücke, deren er zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht bedarf – nach Annahme des Amtes – den Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen. Die Erfüllung dieser Pflicht kann von den Erben, bei einer Mehrheit nur von allen gemeinsam, im Klageweg erzwungen werden.<sup>126</sup> Mit Zustimmung aller Betroffenen (Erben, gegebenenfalls auch Vermächtnisnehmer) kann eine Freigabe auch gegen den Willen des Erblassers erfolgen.<sup>127</sup> Mit der Überlassung von Nachlaßgegenständen an die Erben erlischt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers; den Erben steht nunmehr an den überlassenen Gegenständen das freie Verfügungsrecht zu (§ 2217 Abs. 1 S 2 BGB). Das Grundbuchamt braucht nicht zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker pflichtgemäß gehandelt hat, wenn er zum Nachlaß gehörende Grundstücke den Erben freigibt.<sup>128</sup> Für die Freigabe ist eine formlose Erklärung ausreichend. Dem Grundbuchamt muß diese Erklärung bei Freigabe eines Grundstücks oder eines Rechts an einem Grundstück jedoch in der Form des § 29 Abs. 1 S 1 GBO nachgewiesen werden.<sup>129</sup> Der Testamentsvollstreckervermerk ist an den freigegebenen Grundstücken auf Antrag des Testamentsvollstreckers zu löschen (§ 52 GBO).<sup>130</sup> Der Erbe ist aber auch selbständig berechtigt, die Berichtigung des Grundstücks für die freigegebenen Grundstücke durch Eintragung der Erben als Eigentümer unter Löschung des etwa eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks zu beantragen.<sup>131</sup>

#### 1.4.1.4 Beendigung der Testamentsvollstreckung

Grundbuchunrichtigkeit tritt ferner ein, wenn die Testamentsvollstreckung beendet ist. Das ist der Fall

- bei vollständiger Erledigung aller dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben;

<sup>116</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; das BayObLG hat dabei in seiner Entscheidung offen gelassen, ob eine solche Verweisung überhaupt zulässig ist und eine Auslegung des betreffenden Testamentes vorgenommen;

<sup>117</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 63; Haegele, a.a.O., Rdn. 3462;

<sup>118</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 61;

<sup>119</sup> KG OLG 40, 49; Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 62;

<sup>120</sup> BGH NJW 1962, 1718;

<sup>121</sup> siehe hierzu oben 1.3.2

<sup>122</sup> OLG Köln Rpfleger 1992, 342; Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 57;

<sup>123</sup> vgl. zum Folgenden: Haegele, a.a.O., Rdn.3473; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 57 ff;

<sup>124</sup> AG Starnberg Rpfleger 1985, 57; Haegele, a.a.O., Rdn. 3473; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 27; vgl. auch BayObLG DNotZ 1991, 546 = Rpfleger 1990, 363; Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 30; a.A.: K/E/H/E § 52, Rdn 17;

<sup>125</sup> BayObLG DNotZ 1991, 546 = Rpfleger 1990, 363;

<sup>126</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2217, Rdn. 3;

<sup>127</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2217, Rdn. 3; BGH Z 57, 84; BGH Z 56, 275;

<sup>128</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3456

<sup>129</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3456; OLG Düsseldorf DNotZ 1989, 638 = Rpfleger 1989, 58

<sup>130</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3456;

<sup>131</sup> Bengel/Reimann, a.a.O., 5. Kapitel Rdn. 104 mit weiteren Nachweisen;

- mit Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, bis zu dem die Testamentsvollstreckung angeordnet war;
- mit Wegfall des Testamentsvollstreckers durch Tod nach Erbfall oder Eintritt eines Umstandes, der die Unfähigkeit zur Amtsführung bewirkt (§ 2225 mit § 2201 BGB), Kündigung des Amtes durch den Testamentsvollstrecker (§ 2226 BGB) oder dessen Entlassung durch das Nachlaßgericht (§ 2227 BGB). Voraussetzung ist jedoch stets, dass eine Ersatzbestimmung (§§ 2197 Abs. 2, 2198, 2199 Abs. 2, 2200 BGB) in der Verfügung von Todes wegen nicht getroffen ist.

Nachweise sind in der Regel durch Vorlage eines berechtigten Erbscheins zu führen.<sup>132</sup>

Bei Zeitablauf und entsprechender übereinstimmender Angabe (von Anfang an) im Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis kann bereits allein auf Grund dieser Tatsache Löschung erfolgen, nicht aber wenn sich die beiden Urkunden widersprechen.<sup>133</sup>

#### 1.4.2 Veräußerung des Grundstücks, Abtretung oder Löschung des Grundstücksrechts

Der Testamentsvollstreckervermerk ist auch zu löschen, wenn das Grundstück mit wirksamer Veräußerung, was Vollzug der Auflassung (bzw. bei einem Grundstücksrecht die wirksame Abtretung oder Aufhebung) voraussetzt, nicht mehr als Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Vollstreckers unterliegt (§ 2205 BGB).

Testamentsvollstrecker und Erben können auch gegen den Willen des Erblassers gemeinsam ein Grundstück in Bruchteilseigentum überführen oder dieses auch sonst übertragen. In diesen Fällen ist der Testamentsvollstreckervermerk gleichfalls im Grundbuch zu löschen, auch wenn die Voraussetzung des § 2217 BGB (Herausgabe von Nachlaßgegenständen, die der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Obliegenheiten nicht bedarf) bei einer Dauervollstreckung regelmäßig nicht erfüllt ist.<sup>134</sup>

Wirkt der Testamentsvollstrecker daran mit, ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück in Vollzug einer Teilungsanordnung auf einen Miterben zu übertragen, so ist der eingetragene Testamentsvollstrecker gleichwohl nicht zu löschen, wenn durch letztwillige Verfügung gem. § 2209 S. 1 Halbsatz 2 BGB die Fortdauer der Testamentsvollstreckung nach Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben an dem Erbteil dieses Miterben angeordnet ist.<sup>135</sup>

#### 1.4.3 Gegenstandslosigkeit

Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag.

Die Löschung eines mit Beendigung der Testamentsvollstreckung oder sonstiger Grundbuchunrichtigkeit gegenstandslos gewordenen Testamentsvollstreckervermerks kann aber auch im Verfahren nach § 84 ff GBO im Wege der Amtslöschung erfolgen.

<sup>132</sup> Vgl. zu den jeweiligen geforderten Nachweisen mittels neuen Erbscheins, Testamentsvollstreckerzeugnis usw.: Haegele, a.a.O., Rdn. 3473 sowie dort Fußnoten 23 bis 27; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 245 ff, 848;

<sup>133</sup> LG Köln MittRhNotK 1986, 49;

<sup>134</sup> BGH Z 56, 275;

<sup>135</sup> OLG Hamm MittBayNot 2002, 406 = ZEV 2003, 34;

## 1.5 Zuerwerb von Grundbesitz

Ein Zuerwerb von Grundbesitz durch den Testamentsvollstrecker kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Schließlich soll der Testamentsvollstrecker den Nachlaß nicht vermehren, sondern abwickeln. Zuerwerb kommt jedoch in der Praxis bei sogenanntem Surrogationserwerb oder Erwerb zur Abrundung des bereits vorhandenen Grundbesitzes mit Mitteln des Nachlasses entsprechend § 2041 BGB vor.<sup>136</sup> Obwohl die gesetzlichen Vorschriften über den Testamentsvollstrecker keine Regelung enthalten, dass der Erlös aus dem Verkauf eines Nachlassgegenstandes oder eine mit Mitteln des Nachlasses erworbene Sache wiederum zum Nachlass gehören (dingliche Surrogation), entspricht es jedoch allgemeiner Meinung, dass § 2041 BGB entsprechend anzuwenden ist.<sup>137</sup> Dergestalt erworbener Grundbesitz ist auf die Erben in Erbengemeinschaft im Grundbuch einzutragen.<sup>138</sup> Das Erbrecht ist in der Form des § 35 GBO nachzuweisen. Der Testamentsvollstreckervermerk (§ 52 GBO) ist gleichzeitig von Amts wegen mit einzutragen.<sup>139</sup>

## 2. Einzelne Fallgestaltungen

### 2.1 Normalfall der Veräußerung von Grundbesitz durch den Testamentsvollstrecker

Fall:

Der Erblasser hat als Erbe einen gemeinnützigen Verein bestimmt. Testamentsvollstreckung ist angeordnet. Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis sind ordnungsgemäß erteilt. Grundbuchberichtigung auf die Erbin und Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks sind noch nicht erfolgt. Der Testamentsvollstrecker veräußert den Grundbesitz unter Bestellung eines Finanzierungspfandrechtes für das Grundbuchamt. Welche Überlegungen werden Notar und Grundbuchamt im Rahmen der gestellten Anträge (Eintragung der Vormerkung sowie des Finanzierungspfandrechtes) anstellen?

#### 2.1.1 Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Gegenüber dem Grundbuchamt gilt die Sondervorschrift des § 35 Abs. 2 GBO, wonach die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand – neben dem Nachweis durch öffentliches Testament gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO – durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB nachgewiesen wird. Werden die Nachlassakten bei dem selben Amtsgericht oder Notariat Baden-Württemberg geführt, so

<sup>136</sup> vgl. auch OLG Hamm, ZEV 2001, 275: Erwirbt ein Testamentsvollstrecker aus Mitteln des Nachlasses einen PKW so ist sein entgegenstehender Wille, für sich selbst zu erwerben unerheblich. Vielmehr erfolgt ein Eigentumserwerb der Miterben im Wege dinglicher Surrogation entsprechend § 2041 BGB

<sup>137</sup> OLG Hamm, ZEV 2001, 275; BayObLG DNotZ 1993, 399, 401 mit Anmerkung Weidlich = Rpfleger 1992, 349 mit Anmerkung Streuer in Rpfleger 1992, 349; Haegele, a.a.O., Rdn. 3454; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2041, Rdn. 1; Münchener Kommentar/Dütz, 3. Auflage § 2041 Rdn. 3;

<sup>138</sup> vgl. hierzu auch BayObLG DNotZ 1993, 399, 401 mit Anmerkung Weidlich = Rpfleger 1992, 349 mit Anmerkung Streuer in Rpfleger 1992, 349, wo das Gericht zu Unrecht die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks beim Zuerwerb eines einzelnen Miterben (vgl. zur Beschränkung der Testamentsvollstreckung auf einen Erben OLG Hamm Rpfleger 2002, 618 = RNotZ 2002, 579) daran scheitern läßt, dass der Erlös aus der Veräußerung des Nachlassgegenstandes bereits an die Miterben ausgehändigt gewesen sei.

<sup>139</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3454

kann auch die Verweisung auf die Nachlassakte genügen. Der Testamentsvollstrecker hat sein Testamentsvollstreckerzeugnis in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen.<sup>140</sup> In die Urkunde ist aufzunehmen, dass dies in Ausfertigung im Termin vorlag, so dass auch vom Fortbestehen der angeordneten Testamentsvollstreckung ausgegangen werden kann.<sup>141</sup>

### 2.1.2 Nachweis der Annahme bei öffentlichem Testament

Ist der Testamentsvollstrecker in einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen ernannt, so ist zum Nachweis seiner Verfügungsbefugnis ein Zeugnis gem. § 2368 BGB nicht erforderlich. Jedoch muss dann die Amtsannahme nachgewiesen sein, da sein Amt gemäß § 2202 BGB erst mit der Annahme beginnt. Dieser Nachweis wird durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Amtsannahme oder durch die Niederschrift über die Amtsannahme erbracht. Der Erbschein reicht als Nachweis nicht aus, weil er nur die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung bezeugt.<sup>142</sup> In der Praxis sehen – die die Angelegenheit teilweise großzügig handhabenden Grundbuchämter – den Nachweis der Amtsannahme bereits dann als erbracht an und verlangen keinen Nachweis in der Form des § 29 GBO, wenn der Testamentsvollstrecker z.B. in einem Schreiben an das Grundbuchamt die Annahme konkludent zum Ausdruck bringt, so z.B. bei der Stellung des Antrages auf Eintragung der Testamentsvollstreckervermerks.

### 2.1.3 Prüfung der Unentgeltlichkeit der Veräußerung<sup>143</sup>

Die Rechtsprechung hat für den Nachweis, dass eine Verfügung des Testamentsvollstreckers nicht unentgeltlich ist, von den strengen Beweisanforderungen, die sich aus § 29 GBO ergeben könnten, Abstand genommen. Danach können auch einfache Erklärungen des Testamentsvollstreckers genügen, wenn keine begründeten Zweifel daran erkennbar sind.<sup>144</sup> Das Grundbuchamt hat bei der Prüfung der Unentgeltlichkeit die Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit anzuwenden.<sup>145</sup> Veräußert der Testamentsvollstrecker ein Grundstück in einem üblichen Kaufvertrag an Dritte, so kann das Grundbuchamt regelmäßig davon ausgehen, dass der angesetzte Kaufpreis dem Verkehrswert entspricht. Es darf – soweit keine begründeten Zweifel bestehen – die Eintragung nicht ablehnen.<sup>146</sup> Bestehen begründete Zweifel, kann das Grundbuchamt den Nachweis eines entgeltlichen Geschäfts durch ein Sachverständigengutachten verlangen. Hilfreich für die Prüfungspflicht des Grundbuchamtes ist, wenn in der notariellen Urkunde seitens des Testamentsvollstreckers nochmals fürsorglich – im Wege der vom BGH zugelassenen einfachen Erklärung – versichert wird, dass er auch nicht teilweise unentgeltlich verfügt. Stimmt der Erbe der Veräußerung zu, so ist das Grundbuchamt insoweit jeglicher Prüfung enthoben; die Zustimmung muss dann aber zu-

mindest in öffentlich beglaubigter Form erfolgen und die Erbenstellung muß durch Erbschein (§ 29 GBO) oder öffentliches Testament (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) nachgewiesen sein.

### 2.1.4 Eintragung der Vormerkung

Eine Voreintragungspflicht des Erben oder Testamentsvollstreckers besteht für die Eintragung der Vormerkung nicht. Dies folgt daraus, dass gem. § 40 Abs. 1 GBO bereits für die Übertragung keine Pflicht zur Voreintragung besteht; gleiches gilt aber dann auch für deren Sicherung.<sup>147</sup>

### 2.1.5 Eintragung des Finanzierungspfandrechtes

#### 2.1.5.1 Prüfung der Unentgeltlichkeit

Auch insoweit ist zunächst zu prüfen, ob das Verbot der Unentgeltlichkeit entgegensteht.

Zweifel könnten bestehen, weil der Bestellung einer Grundschuld für einen Dritten nicht unmittelbar eine Gegenleistung im Nachlass gegenüber steht. Wird z.B. eine Eigentümergrundschuld für die Erben in Erbengemeinschaft eingetragen, so bestehen keine Bedenken, da das Entgelt in dem für die Erben neu entstandenen dinglichen Recht besteht und unmittelbar wieder den Erben zufließt.<sup>148</sup>

Soll eine Grundschuld unmittelbar zugunsten eines Dritten, nämlich eines finanzierenden Geldinstituts eingetragen werden, so muß der Testamentsvollstrecker die Beweggründe für die Belastung und deren Zweck im einzelnen darlegen.<sup>149</sup> Soweit die Beweggründe und der Belastungszweck der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechen und dem Grundbuchamt keine gegenteiligen Tatsachen bekannt sind, so steht der Eintragung der Fremdschuld nichts im Wege. Dies ist regelmäßig beim Verkauf eines Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker der Fall, wenn dieser zugleich bei der Bestellung einer Grundschuld für die Bank des Käufers mitwirkt. Die Grundschuld muss jedoch die üblichen Einschränkungen der Zweckerklärung vorsehen.<sup>150</sup>

Ist z.B. im Falle einer Grundschuldbestellung bezweckt, dass der Gegenwert dem Testamentsvollstrecker selbst zufließt, die Grundschuld also z.B. zur Sicherung eines ihm persönlich gewährten Kredits dient, so ist das Rechtsgeschäft zwar vom Standpunkt des Gläubigers aus ein entgeltliches, nicht aber vom Standpunkt des Erben aus. Der Geldgeber kann hier die Grundschuld mangels Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht wirksam erwerben.<sup>151</sup>

#### 2.1.5.2 Grundbuchberichtigung

Grundsätzlich müßte gemäß § 39 GBO das Grundbuch bei Eintragung eines Finanzierungspfandrechtes zuvor auf die Erben berichtigt werden. Wird eine Berichtigung auf die Erben vorgenommen, so gebietet § 52 GBO, zugleich den Testamentsvollstreckervermerk einzutragen. Die isolierte Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ist nach überwiegender Meinung nicht zulässig.<sup>152</sup>

<sup>140</sup> BGH NJW 1982, 170 = DNotZ 1982, 159 = Rpfleger 1982, 23; BayObLG DNotZ 1991, 548 = NJW-RR 1990, 844; BayObLG DNotZ 1996, 20 = MittRhNotK 1995, 177 = FamRZ 1996, 111; Demharter a.a.O., § 35 Rdn. 60; Haegele, a.a.O., Rdn. 3462; vgl. auch zur „Bezugnahme auf das Registergericht“ § 34 GBO sowie LG Saarbrücken MittBayNot 2003, 385;

<sup>141</sup> vgl. zur Vorlage der Vollmacht und Bestätigung durch den Notar Haegele, a.a.O., Rdn. 3576 ff sowie 3584;

<sup>142</sup> Demharter, a.a.O., § 35 Rdn. 63; Haegele, a.a.O., Rdn. 3462;

<sup>143</sup> vgl. zum Begriff der Unentgeltlichkeit auch unten 2.5.1.1;

<sup>144</sup> BGHZ 57, 84, 95; Haegele, a.a.O., Rdn. 3441, 159;

<sup>145</sup> BayObLG DNotZ 1998, 182, 183;

<sup>146</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3441;

<sup>147</sup> Demharter, a.a.O., § 39 Rdn. 5, § 40 Rdn. 17;

<sup>148</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3442;

<sup>149</sup> LG Aachen Rpfleger 1984, 98;

<sup>150</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3443;

<sup>151</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3443;

<sup>152</sup> BayObLG DNotZ 1996, 99 = Rpfleger 1996, 148 = NJW RR 1996, 1167; Haegele, a.a.O., Rdn. 3466; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 13; Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18;

Gemäß der 1. Alternative des § 40 Abs. 1 GBO darf vom Grundsatz der Voreintragung nur bei einer Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes abgewichen werden. Eine Ausnahme ist hier für die Belastung mit einem Recht nicht vorgesehen. Die 2. Alternative dieser Vorschrift stellt dagegen auf jegliche Bewilligungen durch den Erblasser oder Nachlaßpfleger sowie durch den Testamentsvollstrecker (§ 40 Abs. 2 GBO) ab. Der Testamentsvollstrecker kann somit auch belasten, ohne dass der Erbe voreingetragen oder der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch eingetragen ist. Eine Grundbuchberichtigung muß somit für die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld nicht vorgenommen werden. Hier wird durch das Gesetz insbesondere den Fällen Rechnung getragen, in denen eine Erbentstellung nicht durch Erbschein nachgewiesen ist oder nur mit hohem Aufwand erfolgen könnte.

### 2.1.6 Löschung bzw. Nichteintragung des Testamentsvollstreckervermerks

Durch die Veräußerung ist urkundlich belegt (§ 29 GBO), dass die Testamentsvollstreckung zumindest gegenständlich beschränkt mit dem Vollzug der Auflassung erledigt ist. Ist der Testamentsvollstreckervermerk bereits eingetragen, so wird dieser auf Antrag gelöscht. Zu beachten ist, dass die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks erst mit dem Eigentumswechsel erfolgen kann, da erst dann das Grundstück aus der Verwaltung des Testamentsvollstreckers gelangt.<sup>153</sup>

Ist der Testamentsvollstreckervermerk noch nicht in das Grundbuch eingetragen worden, so kann im Wege der Formulierung durch den Notar klargestellt werden, dass eine Eintragung unterbleiben kann. Insgesamt könnte zur Testamentsvollstreckung im Kaufvertrag dann wie folgt formuliert werden:

„Ein Testamentsvollstreckervermerk ist im Grundbuch noch nicht eingetragen.“

Die Testamentsvollstreckung an dem vorbezeichneten Grundbesitz ist mit der Veräußerung erledigt und beendet. Der Testamentsvollstrecker versichert, dass er auch nicht teilweise unentgeltlich verfügt. Ein Antrag zur Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks wird nicht gestellt. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass ein eingetragener Testamentsvollstreckervermerk erst mit der Eigentumsumschreibung gelöscht wird.“

Bei eingetragener Testamentsvollstreckung ist der vorstehende Text entsprechend zu variieren und die Löschung zu beantragen.

Zu beachten ist, dass der Testamentsvollstrecker auf die Eintragung des Vermerks nicht verzichten kann, da er sein Amt nicht im eigenen Interesse ausübt.<sup>154</sup> Ein Verzicht auf die Eintragung ist jedoch mittelbar dadurch möglich, dass der Testamentsvollstrecker die Freigabe des Grundstücks an die Erben erklärt. In diesem Fall unterbleibt die Eintragung.<sup>155</sup>

## 2.2 Erfüllung einer Anordnung des Erblassers/Auflassung auf Grund Teilungsplans

Fall:

BayObLG NJW RR 1989, 587 = Rpfleger 1989, 200 = BWNNotZ 1989, 87

Dem Testamentsvollstrecker wurde ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Ein Erbschein lag nicht vor. Der Testamentsvollstrecker übertrug unentgeltlich ein Grundstück an ein Kind des Erblassers. In dem privatschriftlichen Testament war angeordnet, dass dieses Kind das Hausgrundstück erhalten sollte.

Das Grundbuchamt verlangt einen Erbschein, welches den Erwerber als Erben ausweist.

Zu Recht?

Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn der Testamentsvollstrecker auf Grund eines von ihm aufgestellten Teilungsplanes, also ohne Anordnung des Erblassers ein Grundstück an einen Miterben übertragen will?

### 2.2.1 Anordnung des Erblassers

Die Auflassung eines Grundstücks darf das Grundbuchamt nur eintragen, wenn ihm die Einigung über den Rechtsübergang nachgewiesen ist (§ 20 GBO). Die Auflassung ist auf der Veräußererseite von dem Verfügungsbefugten zu erklären. Fraglich könnte sein, ob dem Testamentsvollstrecker entsprechende Verfügungsbefugnis zustand, da es sich ausweislich der Notarurkunde, in der die Übertragung vorgenommen wurde, um eine unentgeltliche Verfügung handelte und eine Pflicht- und Anstandsschenkung nicht in Betracht kam. Im Ergebnis war die Auflassung des Grundstücks im vorliegenden Fall als wirksam anzusehen, weil sie in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers erfolgte.<sup>156</sup> Das Grundbuchamt durfte die Eintragung der Auflassung nicht vom Nachweis der Erben-eigenschaft des Kindes durch einen Erbschein abhängig machen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis zu stellen sind, dass es sich um eine Erfüllung der Anordnungen des Erblassers handelt. Hier wird von der Rechtsprechung – gemäß den Grundsätzen des Nachweises der Unentgeltlichkeit<sup>157</sup> – nicht verlangt, dass dies in der Form des § 29 GBO geschieht. Es genügt, daß im Weg der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamts Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers ausgeräumt werden können<sup>158</sup>. Obwohl bei Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses das Grundbuchamt grundsätzlich nicht zur Prüfung dessen Rechtmäßigkeit anhand des Testamentes befugt ist, wird es im Ergebnis im Wege der freien Beweiswürdigung das handschriftliche Testament zwecks Prüfung einer erlaubten Zuwendung des Erblassers anfordern müssen.

### 2.2.2 Teilungsplan

Besteht keine Anordnung des Erblassers, so würde die einfache Überlassung eines Grundstücks oder von sonstigen Nachlassgegenständen an einen Miterben eine unentgeltliche Verfügung darstellen. Grundbuchvollzug wäre nicht möglich. Entsprechenden Vollzug kann der Testamentsvollstrecker erreichen, indem er einen Teilungsplan

<sup>153</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3474;

<sup>154</sup> OLG München JFG 20, 294; Meikel/Kraiss, a.a.O., § 52 Rdn. 18; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 15; Haegele, a.a.O., Rdn. 3469;

<sup>155</sup> Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 15; Haegele, a.a.O., Rdn. 3469;

<sup>156</sup> RGZ 105, 246/248; BGH NJW 1963, 1613; BayObLG NJW RR 1989, 587 = MittBayNot 1989, 163 = BWNNotZ 1989, 87;

<sup>157</sup> siehe hierzu oben 2.1.3

<sup>158</sup> BayObLG NJW RR 1989, 587 = MittBayNot 1989, 163 = BWNNotZ 1989, 87;

(vgl. § 2204 Abs. 2 BGB) aufstellt. Der Teilungsplan des Testamentsvollstreckers ist kein Vertrag, sondern ein einseitiges feststellendes Rechtsgeschäft, auf das § 311 b Abs. 1 BGB keine Anwendung findet.

Auf Grund eines solchen vom Testamentsvollstrecker aufgestellten Teilungsplanes kann einem Miterben ein Nachlaßgrundstück im Wege der Auflassung übereignet werden, ohne daß es eines Vertrages nach § 311 b Abs. 1 BGB bedarf.<sup>159</sup> Dies folgt daraus, dass Verfügungen auf Grund eines Teilungsplans grundsätzlich entgeltlich sind und bezüglich der weiteren Miterben ausgeglichen werden. Bei der Auflassung muss somit neben dem Testamentsvollstrecker nur der betreffende Erwerber mitwirken. Im übrigen würde die Mitwirkung aller Erben den Aufteilungsplan überflüssig machen.<sup>160</sup>

Für den Grundbuchvollzug ist nachzuweisen, dass der Erwerber Miterbe ist; dies hat in der Form des § 35 GBO und gegebenenfalls § 36 GBO zu geschehen.<sup>161</sup> Gleichzeitig ist vom Testamentsvollstrecker zu erklären, daß er dem Miterben das Grundstück in Ausführung des Teilungsplans in Anrechnung auf seine Ansprüche überträgt.<sup>162</sup>

Stehen Beteiligte unter elterlicher Sorge oder Betreuung, so bedarf es grundsätzlich keiner Genehmigung des Familien- oder Vormundschaftsgerichts. Eine Genehmigung kann jedoch wiederum erforderlich sein, wenn im Plan besondere Vereinbarungen enthalten sind, die von Anordnungen des Erblassers abweichen oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen und einer Zustimmung der weiteren Miterben bedürften.<sup>163</sup> Die Verletzung der gesetzlich bestehenden Pflicht des Testamentsvollstreckers, die Erben über den Auseinandersetzungsplan zu hören (§ 2204 Abs. 2 BGB), führt nicht zur Unwirksamkeit des Teilungsplans und berührt das Grundbuchamt nicht. Die Anhörung braucht dem GBA nicht nachgewiesen zu werden.<sup>164</sup>

## 2.3 Dingliche Entziehung bzw. Beschränkung der Verfügungsmacht

### 2.3.1 Untersagung der Veräußerung/Zustimmung der Erben bzw. auch Nacherben

Fall:  
BGHZ 56, 275, Beschluss vom 18.06.1971 = NJW 1963, 2320;

Der Erblasser hat in seinem Testament dem Testamentsvollstrecker das Recht entzogen, über ein Grundstück zu verfügen und eine reine Verwaltungstestamentsvollstreckung angeordnet. Er wünscht, dass dieses im Nachlass verbleibt und damit für die Nacherben erhalten wird. Ersatznacherben sind ebenfalls bestimmt. Testamentsvollstrecker, Vorerbe und Nacherben setzen sich gemeinsam über die Anordnung des Erblassers hinweg und übertragen den Grundbesitz an die Vorerben zu je 1/2 Anteil. Der Grundbesitz wird aus der Testamentsvollstreckung freigegeben.

Das Grundbuchamt weist die Anträge auf Eigentumsumschreibung, Löschung der Nacherbenvermerke und Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zurück. Zu Recht?

Im Mittelpunkt dieser Entscheidung stand die Frage, inwieweit durch Zustimmungen der Erben bzw. auch Nacherben eine angeordnete Beschränkung der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers übergangen werden kann, bzw. – anders ausgedrückt – die Frage, ob durch Erblasser-anordnung (§ 2208 BGB) die Verfügungsmacht über Nachlaßgegenstände insgesamt derart entzogen werden könne, dass auch Testamentsvollstrecker und Erben nicht mehr gemeinsam über Nachlaßgegenstände verfügen können.

Im Wege der Beschwerde bzw. weiteren Beschwerde hatten sich das Landgericht und das Oberlandesgericht der Auffassung des Grundbuchamtes angeschlossen. Da sich das Oberlandesgericht damit in Widerspruch zu einer weiteren Entscheidung des BGH<sup>165</sup> setzte, legte es gemäß § 79 Abs. 2 GBO die weitere Beschwerde dem BGH vor.

Der BGH ist der Auffassung, dass Verfügungen des Testamentsvollstreckers über einen Nachlaßgegenstand stets durch Zustimmung der Erben wirksam werden, auch wenn sie einer Anordnung des Erblassers von Todes wegen widersprechen. Der BGH folgert dies aus § 137 Satz 1 BGB.

Gemäß § 137 Satz 1 BGB könne die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt werden. § 137 BGB sei vom Gesetz mehrfach durchbrochen, so gerade für den Fall der Testamentsvollstreckung, wonach die Verfügungsbefugnis des Erben mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen und dem Testamentsvollstrecker anvertraut sei. Da aber bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung auch der Erbe nicht allein verfügen könne, wäre der betreffende Gegenstand dem Rechtsverkehr auf Dauer entzogen. Soweit ein Recht seinem Charakter nach veräußerlich sei, dürfe diese Möglichkeit nicht durch Rechtsgeschäft genommen werden. § 137 Satz 1 BGB verbiete es, kraft Parteiautonomie mit dinglicher Wirkung Gegenstände „extra commercium“ zu stellen und damit eine Erstarrung des Güterverkehrs zu bewirken. Testamentsvollstrecker und Erben können daher in diesen Fällen jederzeit gemeinsam entgegen der Anordnung verfügen.<sup>166</sup>

In gleicher Weise hat der BGH bezüglich der Anordnung eines Auseinandersetzungsverbot gemäß § 2044 BGB entschieden. Auch hier können sich alle Erben einvernehmlich darüber hinwegsetzen.<sup>167</sup> Für den Grundbuchverkehr ist festzuhalten, dass ein solches Auseinandersetzungsverbot nur schuldrechtliche Wirkung hat und nicht im Grundbuch eintragungsfähig ist.

Da im vorliegenden Fall die Erben die Verfügung des Testamentsvollstreckers mitgetroffen, außerdem die Nacherben zugestimmt haben, wobei es einer Mitwirkung der Ersatznacherben nicht bedurfte<sup>168</sup>, hat die Eintragung auf die Erben zu je 1/2 unter Löschung der Nacherbenvermerke zu erfolgen.

Gleichzeitig hat auf Grund der notariellen Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zu erfolgen (§ 2217 BGB).

Die Vorschrift des § 2217 BGB über die Freigabe von Nachlaßgegenständen an den Erben ist allerdings bei einer reinen Verwaltungs-Testamentsvollstreckung in der Regel nicht anwendbar, weil es hier an der gesetzlichen Voraus-

<sup>159</sup> Haegele, a.a.O., Rdn.3453; Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 220 ff; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 110;

<sup>160</sup> vgl. BGHZ, 56, 275;

<sup>161</sup> BayObLGZ 1986, 208 = MittBayNot 1986, 266 = Rpfleger 1986, 470;

<sup>162</sup> Haegele, a.a.O., Rdn.3453;

<sup>163</sup> Haegele, a.a.O., Rdn.3453; Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 242;

<sup>164</sup> Haegele, a.a.O., Rdn.3453; Bengel/Reimann, a.a.O., 4. Kapitel Rdn. 240 ff; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 111;

<sup>165</sup> BGHZ 40, 115;

<sup>166</sup> BGHZ 56, 275;

<sup>167</sup> BGHZ 40, 115; vgl. hierzu Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2044, Rdn. 2, 3;

<sup>168</sup> BGHZ 40, 115;



setzung fehlt, daß der Testamentsvollstrecker die Gegenstände zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht mehr benötigt.<sup>169</sup>

§ 2217 BGB steht jedoch einer Freigabe unter Zustimmung der Erben (hier auch der Nacherben) nicht entgegen. Diese Vorschrift regelt nur die Frage, wann ein Erbe vom Testamentsvollstrecker die Freigabe verlangen kann. Darüber, ob der Testamentsvollstrecker zur Freigabe berechtigt ist, besagt § 2217 BGB dagegen nichts. Dies entscheidet sich vielmehr nach der allgemeinen Erwägung, inwieweit die Interessen der Erben, denen die Testamentsvollstreckung dient, durch die Nichtbeachtung einer vom Erblasser für den Testamentsvollstrecker gesetzten Verfügungsschranke rechtserheblich beeinträchtigt werden. Da entsprechende Zustimmungen vorliegen, sind Interessen nicht beeinträchtigt. Infolge der Freigabe der Nachlaßgrundstücke ist das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers in Bezug auf diese Grundstücke endgültig erloschen; der Testamentsvollstreckervermerk ist zu löschen.<sup>170</sup>

### 2.3.2 Anordnung des Verkaufs

Fall:  
BGH, Urteil vom 09.05.1984, NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357

In ihrem Testament ordnete die Erblasserin Testamentsvollstreckung an und bestimmte:

„Ich wünsche, daß das vorbezeichnete Grundstück durch den Testamentsvollstrecker verkauft wird und der Erlös entsprechend meinem letzten Willen aufgeteilt wird“. Der Testamentsvollstrecker schloß dieser Anordnung zuwider einen Erbauseinandersetzungsvertrag. Die Tochter der Erblasserin – zugleich Miterbin – übernahm das Grundstück und zahlte die weitere Miterbin, nämlich ihre eigene Tochter (Enkelin der Erblasserin) vertreten durch einen Ergänzungspfleger, aus. Der Vertrag wurde durch das Vormundschaftsgericht genehmigt. Die Enkelin nimmt später den Ergänzungspfleger in Anspruch, weil dieser eine zu geringe Auszahlung für sie erwirkt habe. Dem Ergänzungspfleger sei bekannt gewesen, dass ihre Mutter in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erwerb das Grundstück zu einem viel höheren Anschlagswert veräußert habe.

1. Ist der Testamentsvollstrecker zur Vornahme eines Auseinandersetzungsvertrages befugt?
2. Wenn nein, kann er einen solchen mit Zustimmung aller Erben abschließen?

In dieser Entscheidung stellte der BGH im Anschluß an seine Entscheidung vom 18.06.1971, BGHZ 56, 275, nochmals vertiefend den Grundsatz auf, dass einem Testamentsvollstrecker, der durch Anordnungen des Erblassers gehalten sei, über Nachlaßgegenstände in einer bestimmten Weise zu verfügen, auch dinglich gemäß § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB das Recht zu anderweitigen Verfügungen genommen sei.

Der Testamentsvollstrecker habe eine derartige Verfügung nicht vornehmen dürfen. Er hätte das Grundstück gemäß

dem Testament der Erblasserin (Großmutter) vielmehr verkaufen und den Erlös in bestimmter Weise verteilen müssen. Demgemäß sei die anderweitige Verfügung nur mit Zustimmung aller Erben, somit auch der Enkelin, möglich gewesen. Der Vertrag habe zu Recht der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts (bzw. Familiengerichts) bedurft. Damit könne auch eine Ersatzpflicht des Ergänzungspflegers grundsätzlich in Betracht kommen.<sup>171</sup>

### 2.4 Abgrenzung zwischen Nur-Verwaltungsvollstreckung zu Auseinandersetzungsvollstreckung

Fall:  
vgl. BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25:

In einem öffentlichen Testament ist Testamentsvollstreckung angeordnet und hierzu folgendes formuliert:

„Ich ordne Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimme ich Herrn X.

Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, den Nachlaß zu verwalten. Er soll in einem Abstand von ca. zwei Jahren alle Häuser durch einen Fachmann auf ihren baulichen Zustand durchsehen lassen.“ Der Testamentsvollstrecker veräußert eines der Häuser. Das Grundbuchamt ist der Auffassung, der Testamentsvollstrecker dürfe den Nachlass nur verwalten und verlangt die Zustimmung der Erben; aus dem Wortlaut des Testamentes ergebe sich, dass er in seiner Verfügung gemäß § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB beschränkt sei bzw. ihm die Verfügungsbefugnis entzogen sei.

Da es sich nach dem gebildeten Sachverhalt um ein öffentliches Testament handelt, hat das Grundbuchamt den Umfang der Befugnis des Testamentsvollstreckers selbst festzustellen.<sup>172</sup>

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Testamentsvollstrecker zu der Veräußerung befugt ist und es sich bei der Regelung der baulichen Untersuchung lediglich um eine zusätzliche Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB handelt.<sup>173</sup>

Bei einer Verwaltungstestamentsvollstreckung steht die Verfügung über Nachlassgegenstände grundsätzlich, soweit nichts anderes ausgeführt ist, dem Testamentsvollstrecker zu.<sup>174</sup>

In der Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung ist grundsätzlich nicht der Entzug der Verfügungsbefugnis zu sehen. Es ist deshalb von der gesetzlichen Verfügungsbefugnis nach § 2205 Satz 2 und 3 BGB auszugehen.<sup>175</sup>

Der gebildete Sachverhalt zeigt, dass bei Anordnung einer reinen Verwaltungsvollstreckung in der Formulierung zum Ausdruck kommen muss, dass dem Testamentsvollstrecker nicht das Recht zustehen soll über den Grundbesitz durch Veräußerung zu verfügen.

<sup>171</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357; vgl. auch zur Haftung des Betreuers, BGH DNotI-Report 2003, 189;

<sup>172</sup> OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 399 = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589;

<sup>173</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25;

<sup>174</sup> BGHZ 57, 275, 279;

<sup>175</sup> BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; Staudinger/Reimann (1996), § 2205 Rdn. 12; Münchener Kommentar/Brandner, 3. Auflage § 2205 Rdn. 50, § 2209, Rdn. 10;

<sup>169</sup> BGHZ 56, 275; vgl. hierzu auch Lange, JuS 1970, 101, 106;

<sup>170</sup> BGHZ 56, 275;

## 2.5 Unentgeltliche Veräußerung/Zustimmung weiterer Beteiligter, z.B. Vermächtnisnehmer / Prüfungspflicht des Grundbuchamtes

### 2.5.1 Entscheidung des BGH vom 24.09.1971

Fall:

BGHZ 57, 84 = DNotZ 1972, 90 = NJW 1971, 2264 = Rpfleger 1972, 49 mit Anm. Haegele.

Der Erblasser hatte Vor- und Nacherbschaft nebst Testamentsvollstreckung angeordnet und einem Dritten im Wege des Vermächtnisses an einem Nachlassgrundstück ein Wohnrecht eingeräumt. In notarieller Urkunde übertrug die Vorerbin einer von zwei Nacherbinnen in Vorwegnahme der Nacherbfolge dieses Nachlassgrundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs. Die weitere Nacherbin sowie der Testamentsvollstrecker stimmten zu. Der Testamentsvollstrecker gab zugleich das Grundstück aus der Testamentsvollstreckung frei. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, da es sich um eine unentgeltliche Verfügung handele, die nicht im Wege der Zustimmung wirksam werden könne.

1. Gilt der Grundsatz, dass der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung aller Erben (auch Nacherben) entgegen der Anordnungen des Testamentsvollstreckers verfügen kann auch für unentgeltliche Verfügungen?

2. Bedarf es in Ansehung der unentgeltlichen Übertragung auch der Zustimmung der Vermächtnisnehmerin, der ein Wohnrecht eingeräumt ist?

#### 2.5.1.1 Begriff der Unentgeltlichkeit

Zunächst war zu prüfen, ob eine unentgeltliche Verfügung vorlag. Diese Prüfung war im Fall 2.3.1 entbehrlich, da es sich um eine Übertragung an den Erben (Vorerben) handelte.

Unentgeltlichkeit i.S. des § 2205 Satz 3 BGB setzt voraus, dass aus dem Nachlass ein Wert hingegeben, ein Opfer gebracht wird, ohne dass die dadurch eintretende Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird.<sup>176</sup>

Allein das Fehlen einer objektiv gleichwertigen Gegenleistung reicht nicht aus, um den Begriff der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB auszufüllen. Es muss ein subjektives Merkmal hinzukommen. Unentgeltlich verfügt der Testamentsvollstrecker nur dann, wenn er entweder weiß, dass dem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung 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 können.<sup>177</sup>

Im vorliegenden Fall stellte die Übereignung des Grundstücks an die Nacherbin für den Nachlass einen Verlust des Eigentums dar. Diesem Verlust stand keine Gegenleistung gegenüber. Auch der eingeräumte Nießbrauch kann dies nicht kompensieren, da die Nutzungen der Vorerbin ohnehin zustanden, somit durch den Nießbrauch kein zusätzlicher Vermögenszufluss an die Vorerbin oder in den Nachlass gelangt ist.

#### 2.5.1.2 Unentgeltlichkeit als absolute Verfügungsbeschränkung?

Der BGH hatte zwar bereits zuvor entschieden, dass dinglich wirkende Verfügungsbeschränkungen mit Zustimmung aller Erben überwunden werden können.

Offen war jedoch, ob dies auch für unentgeltliche Verfügungen gilt. Eine in Rechtsprechung und Schrifttum stark verbreitete Meinung leitete aus der Vorschrift § 2205 Satz 3 BGB ein grundsätzliches Verbot unentgeltlicher Verfügungen ab. Der Testamentsvollstrecker sei zu unentgeltlichen Verfügungen nur dann berechtigt, soweit dies einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspreche. Nach dieser Meinung kommt es allein auf den Willen des Erblassers, nicht aber den der Erben an; den Erben stehe bezüglich unentgeltlicher Verfügungen keinerlei Verfügungsmacht zu.<sup>178</sup> Nach dieser Auffassung hätte somit die unentgeltliche Übertragung nicht vorgenommen werden können.

Dieser Meinung folgte der BGH nicht. Der BGH trennte zunächst in seiner Entscheidung zwischen der Prüfung des Verfügungsverbotens einerseits sowie des Schenkungsverbotens gemäß § 2205 Satz 3 BGB andererseits.

#### 2.5.1.3 Keine Einbeziehung der Vermächtnisnehmer in den Schutzbereich der Verfügungsbeschränkungen

Ein Verfügungsverbot ergab sich im vorliegenden Fall durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung sowie der Tatsache, dass im Rahmen der Nacherbfolge verschiedene Grundstücke bereits in einer bestimmten Weise zugeordnet waren. Der BGH hielt an seiner bisherigen Auffassung fest, dass Erben, also hier Vor- und Nacherben, und der Testamentsvollstrecker sich jederzeit über die vom Erblasser auf Grund letztwilliger Verfügung gesetzten Verfügungsschranken in Ansehung der Vorschrift des § 137 Satz 1 BGB gemeinsam hinwegsetzen können. Insbesondere komme es im Rahmen der Prüfung des Verfügungsverbotens nicht auf eine etwaige Zustimmung von Nachlassgläubigern oder Vermächtnisnehmern an. Zwar habe der Testamentsvollstrecker auch dafür Sorge zu tragen, dass entsprechende Vermächtnisse erfüllt werden. Dies sei jedoch für die Frage des Verfügungsverbotens ohne Bedeutung. Der Vermächtnisnehmer habe lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Erfüllung. Sei eine Maßnahme pflichtwidrig, so seien davon Betroffene allein auf Schadensersatzansprüche angewiesen. Der Testamentsvollstrecker könne jederzeit gemeinsam mit den Erben entgegen der Anordnungen des Erblassers verfügen.

Das Grundbuchamt sei nicht befugt, die Zustimmung des Vermächtnisnehmers oder den Nachweis der Erledigung des Vermächtnisses zu verlangen sowie die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu prüfen.<sup>179</sup>

#### 2.5.1.4 Einbeziehung der Vermächtnisnehmer in den Schutzbereich des § 2205 Satz 3 BGB

Zum Schenkungsverbot gemäß § 2205 Satz 3 BGB führte der BGH aus, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine zusätzliche Schranke handele, die mit den zuvor vom Erblasser aufgestellten Schranken nichts zu tun habe. Diese Vorschrift sei auf den Schutz des Erben ausgerichtet, um einer evtl. Willkür des Testamentsvollstreckers zu begegnen.

<sup>176</sup> BGHZ 7, 274, 277; BGHZ 56, 84, 89;

<sup>177</sup> BGHZ 57, 84, 90;

<sup>178</sup> BGHZ 57, 84, 91;

<sup>179</sup> BGHZ 57, 84, 88, 89;

Auf diese Schutzvorschrift könne der Erbe jederzeit verzichten. Die Schutzvorschrift gelte auch für den Vermächtnisnehmer. Dieser sei dem Erben gleichgestellt, da ihm auch etwas zugewandt worden sei. Es sei nicht gerechtfertigt, ihn bei unentgeltlichen Verfügungen anders zu behandeln als den Erben. Es sei deshalb zu prüfen, ob der Vermächtnisnehmer der unentgeltlichen Verfügung zugestimmt habe oder das Vermächtnis bereits erledigt sei (tatsächliche Gewährung oder Wegfall durch Tod des Vermächtnisnehmers). Andernfalls sei dessen Zustimmung zu der unentgeltlichen Verfügung aus der Vorschrift des § 2205 BGB erforderlich.<sup>180</sup>

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, dass der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung der Erben (wozu auch die Nacherben gehören) und der Vermächtnisnehmer auch über den Rahmen von Pflicht- und Anstandsschenkungen hinaus unentgeltlich verfügen kann.

### 2.5.2 Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 15.11.2000

Fall:

OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 399 mit Anmerkung Winkler = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589 mit Anmerkung Lettmann

Die Erblasserin hatte in einem öffentlichen Testament ihrer Tochter die unentgeltliche Nutznießung an einem Hausanwesen vermacht. Gleichzeitig hat sie in Ansehung dieses Nachlaßgegenstandes die Auseinandersetzung des Nachlasses zu Lebzeiten ihrer Tochter ausgeschlossen.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der vorgenommenen entgeltlichen Veräußerung an einen Dritten, die sich über das Auseinandersetzungsverbot hinwegsetzte ab und verlangte die Zustimmung der Tochter.

Das OLG Zweibrücken gab dem Grundbuchamt Recht.

Die Besonderheit des Falles lag zunächst darin, dass ein öffentliches Testament vorlag. Anders als beim Testamentsvollstreckerzeugnis, bei dem das Grundbuchamt davon ausgehen kann, dass keine weiteren Beschränkungen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bestehen, als dort angegeben<sup>181</sup>, war das Grundbuchamt verpflichtet, etwaige Beschränkungen selbst aus dem Testament zu entnehmen.<sup>182</sup>

Das OLG Zweibrücken führte aus, dass durch die Anordnung der Erblasserin bis zum Tod der begünstigten Tochter ein Auseinandersetzungsverbot bestehe. Dieses könne nicht durch die Zustimmung aller Miterben außer Kraft gesetzt werden. Denn damit würde die Auseinandersetzungssperre zu Lasten einer Dritten, nämlich der begünstigten Tochter, ausgehöhlt werden. Das Auseinandersetzungsverbot nehme den Beteiligten die Verfügungsbefugnis hinsichtlich des hier beabsichtigten Verkaufes des Anwesens an einen Dritten. Zur Veräußerung sei deshalb die Zustimmung der Tochter erforderlich.

### 2.5.3 Stellungnahme

Nicht zu beanstanden ist die Auslegung des OLG Zweibrücken, wonach in der Anordnung der Erblasserin ein Verfügungsverbot enthalten sein kann.

Entgegen den Ausführungen in der Entscheidung des BGH vom 24.09.1971<sup>183</sup> geht das OLG Zweibrücken jedoch davon aus, dass die dingliche Beschränkung nur mit Zustimmung der Vermächtnisnehmerin überwunden werden könne. Es bezieht damit etwaige Vermächtnisnehmer direkt in den Schutzbereich des § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB ein und setzt sich damit eindeutig in Widerspruch zu der vorgeannten Entscheidung des BGH. Der BGH hatte klargestellt, dass dem Vermächtnisnehmer gemäß § 2174 BGB lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zusteht und Erben sowie Testamentsvollstrecker jederzeit – ungeachtet dieses schuldrechtlichen Anspruchs – von den Anordnungen des Erblassers abweichen können. Nach Auffassung des BGH ist das Grundbuchamt nicht befugt, die Zustimmung des Vermächtnisnehmers oder den Nachweis der Erledigung des Vermächtnisses zu verlangen sowie die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Testamentsvollstreckers zu prüfen. Der Vermächtnisnehmer ist allein auf Schadensersatzansprüche angewiesen, falls testamentarische Anordnungen zu seinen Lasten nicht beachtet werden. Die Rechte des Vermächtnisnehmers sind allein im Verhältnis zu den Erben durch die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse und im Verhältnis zu dem Testamentsvollstrecker durch die Bestimmung des § 2219 BGB geschützt.<sup>184</sup>

Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sie führt entgegen der Auffassung des OLG Zweibrücken zu dem Ergebnis, dass eine Zustimmung der Vermächtnisnehmerin nicht erforderlich war.<sup>185</sup> Ein Zustimmungserfordernis aus § 2305 Satz 3 BGB kommt vorliegend nicht in Betracht, da es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handelte.

Aus der Sicht des Vermächtnisnehmers erscheinen die beiden divergierenden Ergebnisse auf den ersten Blick ungereimt. Im Falle einer entgeltlichen Verfügung wäre der Vermächtnisnehmer aus dem Kreis der Zustimmungsberechtigten ausgeschlossen, während er bei einer unentgeltlichen Verfügung in den Schutzbereich des § 2205 Satz 3 BGB einbezogen ist.

Diese Unterscheidung ist jedoch gerechtfertigt. Grundsätzlich steht dem Vermächtnisnehmer nur ein schuldrechtlicher Anspruch gegen den Nachlass und keinerlei dingliche Berechtigung hieran zu. Die Entscheidung des BGH, ihn bei unentgeltlichen Verfügungen in den Schutzbereich des § 2205 BGB einzubeziehen, stellt bereits eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar. Es besteht keine Veranlassung, diese Ausnahmeregelung entgegen den Grundsätzen des Abstraktionsprinzips weiter auf entgeltliche Verfügungen auszudehnen.

Diese Differenzierung ist auch nicht unbillig, da sich eine entgeltliche Veräußerung für den Vermächtnisnehmer grundsätzlich vorteilhafter darstellt als eine unentgeltliche. Denn im Falle der Entgeltlichkeit gelangt ein Gegenwert in den Nachlaß, der ihm zur Tilgung evtl. Schadensersatzansprüche zur Verfügung steht, während dies bei der unentgeltlichen Veräußerung gerade nicht der Fall ist. So gesehen erscheint auch die Auffassung des BGH zutreffend, den

<sup>180</sup> BGHZ 57, 84, 94; so auch OLG Celle, Beschluss vom 01.03.2002 – nicht veröffentlicht;

<sup>181</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 3464;

<sup>182</sup> OLG Zweibrücken DNotZ 2001, 399 mit Anmerkung Winkler = Rpfleger 2001, 173 = RNotZ 2001, 589 mit Anmerkung Lettmann;

<sup>183</sup> BGHZ 57, 84;

<sup>184</sup> BGHZ 57, 84, 88, 89; so zu Recht auch Winkler in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 401, 405;

<sup>185</sup> so auch Winkler in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Zweibrücken, DNotZ 2001, 401, 405; a.A.: Lettmann in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Zweibrücken, RNotZ 2001, 589, 591;

Vermächtnisnehmer bei unentgeltlichen Veräußerungen vor einer Willkür des Testamentsvollstreckers zu schützen.<sup>186</sup>

Im übrigen ist auch die Differenzierung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb mit Blick auf die Schutzwürdigkeit des Erwerbers berechtigt. So zeigt die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers im Rahmen des § 816 Absatz 1 Satz 2 BGB, dass der unentgeltliche Erwerber nicht die gleiche Schutzwürdigkeit wie der entgeltliche Erwerber besitzt. Es ist daher gerechtfertigt, es bei der Wirksamkeit einer entgeltlichen Verfügung zu belassen und hier dem Vermächtnisnehmer kein Zustimmungrecht einzuräumen.

Die Fallgestaltung zeigt, dass bei Zuwendung von Vermächtnissen unter gleichzeitiger Anordnung einer Testamentsvollstreckung besondere Sorgfalt darauf gelegt werden sollte, ob mit der Zuwendung zugleich eine Verfügungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB verbunden sein soll. Zur Sicherung des Vermächtnisnehmers mag dies in der Regel gewollt sein.

Jedoch hatte der Verfasser dieser Abhandlung folgenden Fall in seiner Notarpraxis zu beurkunden: Eine Eigentumswohnung in einem größeren Gebäudekomplex wurde einer im Ausland lebenden Person als Vermächtnis zugewandt. Wegen der zu erwartenden hohen Reparaturen in der Eigentümergeinschaft nahm diese das Vermächtnis nicht an (§ 2180 BGB, formlose Erklärung gegenüber dem Beschwerten). Der Testamentsvollstrecker wollte die Wohnung verkaufen und den Erlös ordnungsgemäß dem Nachlass zuführen. Folgt man der Entscheidung des OLG Zweibrücken, hätte es der Zustimmung der Vermächtnisnehmerin, zumindest aber einer Erklärung nach § 2180, jeweils in öffentlich beglaubigter Form (§ 29 GBO) bedurft. Dies wurde jedoch von der Vermächtnisnehmerin verweigert, da sie mit der ganzen Sache nichts zu tun haben wollte. Hier wäre folgende Formulierung in dem Testament hilfreich gewesen: „Die Vermächtniszugewandung ist jedoch nicht mit einer Verfügungsbeschränkung des Testamentsvollstreckers verbunden.“ Eine solche Formulierung hindert nicht die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, das Vermächtnis an die Berechtigte zu vollziehen. Es schafft ihm jedoch freie Hand, falls das Vermächtnis aus irgend welchen Gründen nicht angenommen wird.

## 2.6 Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anstatt Testamentsvollstreckervermerk

Fall:

BayObLG DNotZ 1991, 548 = Rpfleger 1990, 365

Die Erblasserin vermachte mit Erbvertrag ihren Grundbesitz unter der Auflage, auf diesem eine Sozialeinrichtung zur Betreuung alter Menschen aus den sozial schwächeren Bevölkerungsschichten zu errichten. Testamentsvollstreckung (§ 2223) zur Überwachung und Fürsorge der gemachten Auflagen wurde angeordnet. Das Nachlassgericht erteilte ein Testamentsvollstreckerzeugnis, in welchem die vorgenannten Aufgaben beschrieben waren.

Der Testamentsvollstrecker begehrt die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks. Das Grundbuchamt lehnte dies als unzulässig ab. Zu Recht?

Könnte das Grundbuchamt einen Vermerk dahingehend eintragen, dass der Vermächtnisnehmer nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers über das Grundstück verfügen darf, falls dies vom Erblasser angeordnet und durch Testamentsvollstrecker-Zeugnis oder öffentliche Verfügung von Todes wegen nachgewiesen ist?

### 2.6.1 Testamentsvollstreckervermerk

Das Grundbuchamt hat zu Recht die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks abgelehnt. Aus § 52 GBO folgt, dass ein Testamentsvollstreckervermerk dann nicht eingetragen werden darf, wenn der Nachlassgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt. Nach Auffassung des BayObLG stand ausweislich des erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses dem Testamentsvollstrecker kein eigenes Verwaltungs- und Verfügungsrecht zu. Vor allem der Begriff „Überwachung“ mache deutlich, dass für den Testamentsvollstrecker die in §§ 2203, 2205 Satz 1 und 2 BGB bestimmten Rechte nicht bezeugt seien.

Das Grundbuchamt sei zu einer eigenen ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der gleichzeitig vorgelegten Verfügungen von Todes wegen nicht berechtigt. Sei ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so könne die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über ein Grundstück oder Grundstücksrecht oder die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen werden. Die Verantwortung für die Auslegung der letztwilligen Verfügung trage allein das Nachlassgericht.<sup>187</sup>

Das Nachlassgericht hatte in vorliegendem Fall nur ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Dies war, womit sich die Entscheidung jedoch nicht zu befassen hatte, richtig.

Da es sich um eine Vermächtnisvollstreckung gemäß 2223 BGB handelt, wird die Testamentsvollstreckung nicht im Erbschein erwähnt, die Beschränkungen des Vermächtnisnehmers betreffen nicht den Erben (siehe 1.3.6). Wäre eine Verfügungsbeschränkung des Vermächtnisnehmers angeordnet gewesen, so wäre diese nur im Testamentsvollstreckerzeugnis zu vermerken gewesen. Eine Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch bei Anordnung einer Verfügungsbeschränkung des Vermächtnisnehmers erfolgt in diesem Falle ausnahmsweise allein auf Grund des Testamentsvollstreckerzeugnisses (vgl. hierzu oben 1.2.4 und 1.3.2).

Bei den angeordneten Maßnahmen handelt es sich vorliegend lediglich um solche nach § 2208 Abs. 2 BGB (beaufsichtigende Testamentsvollstreckung), die im übrigen grundsätzlich nicht im Erbschein, sondern nur im Testamentsvollstreckerzeugnis erwähnt werden (siehe hierzu oben 1.3.6 und 1.3.7.2).

### 2.6.2 Verfügungsbeschränkung

Eine Vermächtnisvollstreckung kann auch in der Weise angeordnet werden, daß der Vermächtnisnehmer über das vermachte Grundstück oder Grundstücksrecht nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers verfügen kann. Ist dies nach dem zu ermittelnden Willen des Erblassers mit Außenwirkung (dinglicher Wirkung) angeordnet, so kann ein

<sup>186</sup> BGHZ 57, 84, 94;

<sup>187</sup> BayObLG DNotZ 1991, 548 = Rpfleger 1990, 365;

entsprechender Vermerk in das Grundbuch eingetragen werden. Dies gilt selbstverständlich auch für einen Erben, der nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers verfügen darf.<sup>188</sup>

## 2.7 Beteiligung von Minderjährigen

Fall:

Im Rahmen einer Veräußerung von Grundbesitz durch den Testamentsvollstrecker wird festgestellt, dass einer der Erben noch minderjährig ist. Bedarf es einer Genehmigung des Familiengerichts?

Wie ist zu entscheiden, wenn der Erblasser bestimmte Anordnungen getroffen hat, wie z.B. dass der Grundbesitz zu veräußern und der Erlös zu verteilen ist, und die Beteiligten hiervon abweichen wollen.

Das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers über die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände ist grundsätzlich unbeschränkt, es sei denn es läge eine nicht zulässige unentgeltliche Verfügung gemäß § 2205 Satz 3 BGB oder eine Beschränkung durch den Erblasser gemäß § 2208 BGB vor.<sup>189</sup> Dies gilt selbst dann, wenn die Verfügung nicht mehr einer ordnungsgemäßen Verwaltung (vgl. § 2216 Abs. 1 BGB) entspricht.<sup>190</sup> Für den Testamentsvollstrecker gelten deshalb nicht die Beschränkungen, denen der Erbe selbst unterliegt, wie z.B. im Falle einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Betreuten oder einer familienrechtlichen Genehmigung für den Minderjährigen.<sup>191</sup> Einer Genehmigung des Familien- oder Vormundschaftsgerichts bedarf es deshalb nicht. Hieran wird der Vorteil einer Anordnung der Testamentsvollstreckung deutlich, wenn Minderjährige oder Behinderte am Nachlass beteiligt sind.<sup>192</sup>

Da für den Testamentsvollstrecker nicht die Beschränkungen gelten, denen der betreffende Erbe unterliegt, ist auch z.B. eine Ehegattenzustimmung gem. § 1365 BGB nicht erforderlich.<sup>193</sup> Wenn der Erbteil eines Miterben gepfändet oder verpfändet ist, kann der Testamentsvollstrecker des gesamten Nachlasses trotzdem über die einzelnen Nachlassgegenstände ohne Zustimmung der Pfandgläubiger verfügen und diese belasten.<sup>194</sup>

Einer Genehmigung des Familiengerichts, entsprechendes gilt für eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bei Betreuten oder bei Ergänzungspflegschaft bezüglich Minderjähriger (BayObLG, Beschluss vom 08.04.04 – Vorlage an BGH), bedarf es jedoch immer dann, wenn eine einvernehmliche Zustimmung aller Erben erforderlich ist. Dies ist – wie bereits ausgeführt – dann der Fall, wenn dem Testamentsvollstrecker die dingliche Verfügungsbefugnis entzogen oder diese eingeschränkt ist (z.B. Erbausein-

andersetzungsvertrag anstatt Kaufvertrag) und von diesen Beschränkungen abgewichen werden soll.<sup>195</sup>

## 3. Die Verfügungsbeschränkung des Erben/Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers:

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung bewirkt, dass gemäß § 2211 Abs. 1 BGB Verfügungen des Erben über Nachlass bereits ab Eintritt des Erbfalls unwirksam sind, und zwar bereits dann, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt noch nicht angenommen hat oder seine Ernennung durch das Nachlassgericht oder Dritte noch nicht erfolgt ist.<sup>196</sup> Dem Erben als Rechtsinhaber ist durch diese Vorschrift die erforderliche Rechtsmacht entzogen. Dennoch getätigte Verfügungen des Erben sind jedoch nicht nichtig, sondern lediglich unwirksam, so dass der Testamentsvollstrecker diese immer genehmigen kann (§ 185 Abs. 2 BGB).<sup>197</sup>

Die Vorschrift des § 2211 Abs. 1 BGB stellt klar, dass der Testamentsvollstrecker nicht nur die alleinige Verwaltung, sondern auch das ausschließliche Verfügungsrecht über die Nachlassgegenstände hat. Über seinen Erbteil selbst kann der Erbe jedoch, da nur die Nachlassgegenstände, nicht aber der Erbteil der Testamentsvollstreckung unterliegen, selbst verfügen. In diesem Fall setzt sich die Testamentsvollstreckung an den dem Erbteil unterliegenden Gegenständen fort.<sup>198</sup> Der Erlös aus dem Verkauf des Erbteils unterliegt dagegen nicht der Testamentsvollstreckung.<sup>199</sup> Ausnahmsweise kann auch ein Erbteil selbst der Testamentsvollstreckung unterliegen, wenn dieser zum Nachlass gehört und bereits dem Erblasser zugestanden hat.<sup>200</sup> Der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs auf die Erben stellt keine Verfügung dar. Dieser Antrag kann daher von jedem Miterben gestellt werden, auch wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist.<sup>201</sup>

Gemäß § 2211 Abs. 2 BGB finden die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. Der gutgläubige Dritte ist somit bei Rechtsgeschäften mit dem Erben geschützt, wenn er das Bestehen einer Testamentsvollstreckung nicht kannte oder gutgläubig annahm, dass der Gegenstand nicht zum Nachlass gehört oder der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.<sup>202</sup>

## 3.1 Die Bedeutung des § 878 BGB für den Grundbuchverkehr

Grundsätzlich ist nur der Berechtigte befugt, eine Verfügung

- zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts (§ 873 BGB),

<sup>195</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357;

<sup>196</sup> BGH 25, 275, 282; BGH 48, 214, 220; BayObLG Rpfleger 1982, 226, 227;

<sup>197</sup> vgl. Palandt/Edenhofer Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, 2003, § 2211, Rdn. 2;

<sup>198</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2211, Rdn. 1;

<sup>199</sup> Garlichs, Die Übertragbarkeit der Alleinerbschaft bei Testamentsvollstreckung, MittBayNot 1998, 149, 150;

<sup>200</sup> BGH NJW 1984, 2464 = Rpfleger 1984, 357; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 31;

<sup>201</sup> LG Stuttgart NJW-RR 1998, 665 = Rpfleger 1998, 243 = BWNotZ 1998, 146; vgl. hierzu auch Schneider „Zur Antragsbefugnis und zu den Eintragungsgrundlagen im Grundbuchberichtigungsverfahren bei angeordneter Testamentsvollstreckung“, MittRhNotK 2000, 283;

<sup>202</sup> Palandt/Edenhofer Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Auflage, 2003, § 2211, Rdn. 6;

<sup>188</sup> BayObLG DNotZ 1991, 548 = Rpfleger 1990, 365; Demharter, a.a.O., § 52 Rdn. 10;

<sup>189</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28;

<sup>190</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28; Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 16. Auflage, 2001, Rdn. 196;

<sup>191</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 2, g, 413;

<sup>192</sup> vgl. zu den Vorteilen der Testamentsvollstreckung, Zimmermann, a.a.O., Rdn. 2 ff.;

<sup>193</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28; Staudinger/Reimann (1996), § 2205 Rdn. 79; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 413;

<sup>194</sup> Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2205, Rdn. 28; Staudinger/Reimann (1996), § 2205 Rdn. 80; Zimmermann, a.a.O., Rdn. 413; KG JR 1952, 323;

- zur Aufhebung eines Rechts (§ 875 BGB),
- zur Änderung des Inhalts eines Rechts (§ 877 BGB) zu treffen.

An die Stelle des Rechtsinhabers tritt im Rahmen einer Testamentsvollstreckung der Testamentsvollstrecker. Nur er ist als Inhaber der kraft Gesetzes angeordneten Verfügungsbefugnis „Berechtigter“ im Sinne des § 878 BGB. Gleiches gilt für den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO), den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 InsO) den Nachlaßverwalter (§ 1984 BGB) oder den staatlichen Verwalter nach dem VermG in den neuen Bundesländern (§§ 11 Abs. 2, 15 Abs. 3 VermG).<sup>203</sup>

Der Verfügende muß nicht nur im Zeitpunkt der Verfügung der Berechtigte sein, vielmehr treten grundsätzlich die in §§ 873, 875 und 877 BGB genannten Rechtsänderungen nur ein, wenn er auch im Zeitpunkt der seiner Verfügung nachfolgenden Grundbucheintragung noch der Berechtigte ist. Denn erst zum Zeitpunkt der Eintragung wird die verfahrensrechtliche Verfügung über das Recht verwirklicht.<sup>204</sup> Den Zeitpunkt der Grundbucheintragung können die Beteiligten nicht immer selbst bestimmen. Obwohl der Verfügende alles getan hat, um die Rechtsänderung vorzunehmen, würde ein Verlust seiner Verfügungsbefugnis unweigerlich den Erfolg der Rechtsänderung vereiteln. Dies vermeidet § 878 BGB.<sup>205</sup> Nach dieser Vorschrift wird eine von dem Berechtigten nach §§ 873, 875, 877 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist. Die Verfügungsbefugnis als Grundlage der formellen Bewilligungsbefugnis hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen.<sup>206</sup>

### 3.2 Grundfälle zu § 878 BGB

Schulbeispiele im Zusammenhang mit der Anwendung des § 878 BGB und dem Verlust der Verfügungsbefugnis sind folgende Grundfälle, an die sich weitere Überlegungen in Bezug auf eine angeordnete Testamentsvollstreckung ergeben:

#### 3.2.1 Verlust der Verfügungsbefugnis nach Antragseingang beim Grundbuchamt

Fall:  
Der Eigentümer hat wirksam die Auflassung erklärt. Der Antrag ist beim Grundbuchamt eingegangen. Nunmehr wird über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet.

Gemäß §§ 80, 81 InsO verliert der Eigentümer mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über dieses zu verfügen. Seine Verfügung ist unwirksam. Liegen sämtliche Voraussetzungen des § 878 BGB vor, so wird die Verfügungsbefugnis trotz des zwischenzeitlichen Eintritts der Verfügungsbeschränkung als fortbestehend fingiert.

Die Eintragung im Grundbuch ist vorzunehmen, gleichgültig, ob die Verfügungsbeschränkung vorliegt oder inzwischen sogar eingetragen ist. Ob der Erwerber von der Verfügungsbeschränkung Kenntnis hat, ist im Gegensatz zu § 892 BGB unerheblich. § 878 BGB ist keine Norm des Gutgläubensschutzes.<sup>207</sup>

Entsprechende Fallgestaltung ist beim Testamentsvollstreckervermerk nicht möglich, da bereits ab Tod des Erblassers die Verfügungsbeschränkung eintritt. Insoweit kann jedoch ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB in Betracht kommen.<sup>208</sup> Zur Frage, inwieweit das Grundbuchamt eine Eintragung auf Grund gutgläubigen Erwerbs vornehmen kann, wird auf die Ausführung unter 3.2.4 verwiesen.

#### 3.2.2 Verlust der Verfügungsbefugnis vor Antragseingang beim Grundbuchamt

Fall:  
Der Eigentümer hat wirksam die Auflassung erklärt. Sodann wird das Insolvenzverfahren eröffnet, jedoch geht erst zeitlich danach der Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels beim Grundbuchamt ein.

§ 878 BGB greift nicht ein, da die Verfügungsbeschränkung vor dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt (Antragseingang) eingetreten ist.<sup>209</sup> Bei der Verfügung von BGB-Gesellschaftern ist bereits der Eintritt der Verfügungsbeschränkung bei einem Gesellschafter vom Grundbuchamt zu beachten. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters führt gemäß § 728 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Auflösung der Gesellschaft. Weil die Rechte des Gemeinschuldners im Rahmen der danach vorzunehmenden Auseinandersetzung vom Insolvenzverwalter wahrgenommen werden, tritt unabhängig von einer Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsvermögens eine Verfügungsbeschränkung in der Person des Gesellschafters ein.<sup>210</sup>

Auch hier kann ein gutgläubiger Erwerb gem. § 892 BGB in Betracht kommen<sup>211</sup> (siehe hierzu unten 3.2.4).

#### 3.2.3 Tod des Verfügungsberechtigten nach Auflassung

In diesem Zusammenhang darf nicht die Vorschrift § 130 Abs. 2 BGB übersehen werden, die in dem für sie bestimmten Bereich als allgemeine Regelung den Anwendungsfällen des § 878 BGB vorgeht:

Fall:  
BGH, BGHZ 48, 351.

Der Eigentümer hat wirksam die Auflassung erklärt. Der Antrag auf Eigentumswechsel wird zurückgewiesen, da eine staatliche Genehmigung fehlt. Hiernach verstirbt er. Sodann erfolgt Grundbuchberechtigung auf den Erben. Der Auflassungsempfänger beantragt erneut seine Eintragung als Eigentümer.

<sup>203</sup> Haegele, a.a.O. Rdn. 124; Bauer/v.Oefele/Kössinger, Grundbuchordnung, 1999, § 19 Rdn. 172; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; vgl. OLG Brandenburg VIZ 1995, 365 = OLG-NL 1995, 127 bezüglich des Vermögensverwalters nach dem VermG;

<sup>204</sup> BGH 35, 139; Demharter, a.a.O., § 19 Rdn. 60 mit weiteren Nachweisen; Bauer/v.Oefele/Kössinger, a.a.O., § 19 Rdn. 161;

<sup>205</sup> vgl. hierzu Palandt/Bassenge, a.a.O., § 878, Rdn. 1;

<sup>206</sup> Demharter, a.a.O., § 19 Rdn. 1

<sup>207</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 128;

<sup>208</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 128;

<sup>209</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 128; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 406 = RNotZ 2001, 449; vgl. auch zu § 878 BGB: BayObLG Rpfleger 2004, 93 und BayObLG MittBayNot 2004, 41;

<sup>210</sup> OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 406 = RNotZ 2001, 449; vgl. auch bezüglich der Zulässigkeit der Eintragung eines Insolvenzvermerks bei der BGB-Gesellschaft hinsichtlich der Insolvenz eines Mitgesellschafters OLG Dresden RNotZ 2003, 124 = Rpfleger 2003, 96;

<sup>211</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 128;

Zu einer Anwendung und Prüfung des § 878 BGB kommt es überhaupt nicht, da § 130 Abs. 2 BGB maßgeblich ist. Danach bleibt bei Tod oder Verlust der Geschäftsfähigkeit die Verfügungserklärung wirksam.<sup>212</sup> Sie kann aber, sofern keine Bindungswirkung nach §§ 873 Abs. 2, 875 Abs. BGB eingetreten ist, vom Erben bzw. Vormund widerrufen werden.<sup>213</sup>

Da hier eine entsprechende Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB eingetreten war, kam ein Widerruf durch den Erben nicht mehr in Betracht. Die Eintragung des Auflassungsempfängers ist vorzunehmen, auch wenn der Erbe zwischenzeitlich in das Grundbuch eingetragen worden ist.

### 3.2.4 Gutgläubiger Erwerb und Grundbuch

Fraglich und umstritten ist, inwiefern das Grundbuchamt in den Fällen, in denen eine Anwendung des § 878 BGB nicht in Betracht kommt, den Belangen eines gutgläubigen Erwerbers Rechnung tragen und diesen gegebenenfalls eintragen muß. Hierzu nachstehender Fall:

Fall:

OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 445 = Rpfleger 1998, 68.

Der im Grundbuch eingetragene Ehemann veräußert seinen Grundbesitz an die Ehefrau. Diese überträgt an einen Dritten unter Erklärung der Auflassung Grundbuchvollzug wird beantragt. Es stellt sich heraus, dass der Ehemann geschäftsunfähig war. Hiervon erhielt der zuständige Grundbuchrechtspfleger vor Eintragung des Dritten Kenntnis. Kann er den Eintragungsantrag auf Eintragung des Dritten zurückweisen?

§ 878 BGB kommt nicht zur Anwendung, da bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung keine Verfügungsberechtigung der Ehefrau gegeben war. Diese konnte vom Ehemann nicht wirksam erwerben.

Zur Frage, wie sich das Grundbuchamt in solchen Fällen, in denen ein gutgläubiger Erwerb in Betracht kommt, zu verhalten hat, werden zwei Auffassungen vertreten:

Zunehmend wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass in diesen Fällen der Anwendung des § 892 Abs. 2 BGB Geltung verschafft und dem Erwerb Kraft guten Glaubens der Vorzug gegeben werden soll. Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, das Grundbuchrecht müsse im Einklang mit dem materiellen Recht stehen und dessen Verwirklichung dienen. Es sei nicht Aufgabe des Grundbuchamtes, den im materiellen Recht vorgesehenen redlichen Erwerb zu verhindern; dies führe zu einem Schaden am allgemeinen Vertrauensschutz auf die Zuverlässigkeit des Rechtscheins.<sup>214</sup>

Dagegen folgt das OLG Karlsruhe der überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung und einem weiteren Teil des Schrifttums. Habe das Grundbuchamt positive Kenntnis von der Nichtberechtigung, müsse das Grund-

buchamt die Eintragung des Erwerbers grundsätzlich ablehnen. Die Ablehnung der Eintragung stehe gerade nicht im Widerspruch zum materiellen Recht. Entscheidend sei, daß ein gutgläubiger Erwerb, der zu einer Änderung der materiellen Rechtslage führen würde, noch nicht stattgefunden habe, sondern erst mit der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch eintreten würde. Ein Vertrauensschutz dahingehend, daß bei Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Antragstellung eine Eintragung des Erwerbers zwingend erfolgen müsste, lasse sich aus dem Gesetz nicht ableiten. Solle daher durch die Eintragung ein noch nicht eingetretener Rechtserwerb erst herbeigeführt werden, von dem das Grundbuchamt wisse, daß er nur über die Gutgläubensvorschriften erreicht werde, müsse die Eintragung abgelehnt werden. Das Grundbuchamt dürfe nicht sehenden Auges zu einem Rechtsverlust des wahren Berechtigten beitragen. Solange ein gutgläubiger Erwerb noch nicht stattgefunden hat, müsse dem Interesse des wahren Berechtigten an der Vermeidung eines Rechtsverlustes der Vorrang eingeräumt werden.<sup>215</sup> Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Dritte eine Vormerkung gutgläubig erworben habe.<sup>216</sup>

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Dem Grundbuchamt kann nicht die materielle Entscheidung aufgebürdet werden, inwieweit ein gutgläubiger Erwerb stattgefunden hat. Insoweit ist der vorerwähnten Interessenabwägung im Sinne der Rechtssicherheit der Vorzug zu geben.

In allen Fällen der Verfügungsbeschränkung durch eine Testamentsvollstreckung kommt somit ein gutgläubiger Erwerb nur dann in Betracht, wenn auch dem Grundbuchamt die Verfügungsbeschränkung nicht bekannt ist. Dies kann z.B. dann sein, wenn die Testamentsvollstreckung unrichtigerweise nicht im Erbschein erwähnt ist. Kennt das Grundbuchamt aber die bestehende Verfügungsbeschränkung, kann es mit der h. M. die Eintragung ablehnen.

### 3.3 Anwendung des § 878 BGB auf den Fall des Verlustes der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers?

Fall:

Der Testamentsvollstrecker hat im Rahmen seiner Tätigkeit in zulässiger und rechtlich nicht zu beanstandender Weise Grundbesitz veräußert und die Auflassung erklärt. Noch bevor der Eigentumswechsel eingetragen ist, legt er sein Amt nieder.

Würde § 878 BGB auf diesen Fall Anwendung finden, so wäre die Lösung unproblematisch. Die nach dem Eintragungsantrag erfolgende Amtsniederlegung würde den Eigentumsübergang nicht hindern.

Unmittelbar ist § 878 BGB jedoch nicht anwendbar, da diese Vorschrift tatbestandlich voraussetzt, dass der Bewilligende in dem betreffenden Zeitraum in seiner Verfügungsmacht beschränkt wird, während in dem hier diskutierten Fall die Rechtsstellung des Verfügenden insgesamt in Wegfall gerät.

<sup>212</sup> BGHZ 48, 351; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 878, Rdn. 2; Demharter, a.a.O., § 19 Rdn. 23; Schmitz, Wegweiser durch das Grundbuchverfahren, JuS 1995, 245, 248;

<sup>213</sup> Palandt/Bassenge, a.a.O., § 878, Rdn. 2; vgl. auch BGHZ 48, 351, 356;

<sup>214</sup> Meikel/Böttcher, a.a.O., Anhang zu § 18 Rdn. 75; Münchener Kommentar/Wacke, 3. Auflage, § 892 Rdn. 70; Staudinger/Gursky (2002), § 892 Rdn. 203; Schmitz, Wegweiser durch das Grundbuchverfahren, JuS 1995, 245, 247; Lenenbach, Guter Glaube des Grundbuchamtes als ungeschriebene Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs, NJW 1999, 923; Heinemann, MittBayNot 2004, 625; Haegele a.a.O., Rdn. 352 sowie dort mit weiteren Nachweisen in Fußnote 42;

<sup>215</sup> OLG Karlsruhe NJW RR 1998, 445 = Rpfleger 1998, 68; BayObLG Rpfleger 2003, 573 = Mitt-BayNot 2004, 41, 42; BayObLG Rpfleger 1994, 453 = MittBayNot 1994, 324; KG Rpfleger 1973, 21, 23; OLG Dresden NotBZ 1999, 261; Demharter, a.a.O., § 13 Rdn. 12; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 892 Rdn.; 1 vgl. auch Haegele a.a.O., Rdn. 352 mit weiteren Nachweisen in Fußnote 40, 41;

<sup>216</sup> OLG Karlsruhe NJW RR 1998, 445 = Rpfleger 1998, 226; vgl. zur Frage der Bedeutung der Vormerkung Haegele, a.a.O., Rdn. 352 a;

Insoweit werden zwei Auffassungen vertreten:

Die überwiegende und überzeugende Meinung im Schrifttum<sup>217</sup> wendet auf diesen Fall § 878 BGB entsprechend an. Ein Eigentumswechsel ist danach ungehindert möglich. Diese Auffassung ist durch zwei jüngere Entscheidungen in den neuen Bundesländern bestätigt worden.<sup>218</sup> Nach dieser Meinung gebietet es das Interesse des Vertrauensschutzes, § 878 BGB zu Gunsten des Erwerbers in gleicher Weise anzuwenden, wie bei Entziehung der Verfügungsbefugnis. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Interessenlage in beiden Fällen identisch sei: Nur von der von den Beteiligten nicht zu beeinflussenden Dauer des Grundbucheintragungsverfahrens hänge es hier wie dort ab, ob die Verfügung wirksam werde oder nicht. Die Schutzbedürftigkeit des Begünstigten sei in beiden Fällen die gleiche.

Dagegen lehnt die h.M. in der Rechtsprechung die Anwendung des § 878 BGB hier ab.<sup>219</sup> Nach dieser Auffassung kommt es nicht zum Eigentumserwerb, es sei denn, der Ersatztestamentsvollstrecker – oder bei Wegfall der Testamentsvollstreckung der Erbe – genehmigt die Auffassung.

Der Vertragsgestalter darf, selbst wenn er von der überwiegenden Literaturmeinung überzeugt ist, die Auffassung der Rechtsprechung nicht außer acht lassen. Er ist vielmehr unter Zurückstellung seiner eigenen Meinung verpflichtet, einen sicheren Weg einzuschlagen, der auch unter Berücksichtigung der herrschenden Rechtsprechung den Eigentumserwerb garantiert. Gleiches gilt für das Grundbuchamt. Die Praxis hat sich insoweit an der Rechtsprechung zu orientieren.<sup>220</sup> Solange die überwiegende Rechtsprechung § 878 BGB nicht analog anwendet, besteht das Risiko, dass eine sichere und gültige Rechteintragung nicht erreicht wird, falls das Amt des Testamentsvollstreckers nach Abgabe der Bewilligung und Eingang des Antrags beim Grundbuchamt endet. Dies bedeutet für das Grundbuchamt, dass ein Eigentumswechsel in diesem Fall trotz Eintragung nicht erfolgt ist bzw. das Grundbuchamt einen solchen Eigentumswechsel gar nicht vornehmen darf, wenn am Fortbestehen des Amtes Zweifel bestehen.

Ein gutgläubiger Erwerb scheidet in diesen Fällen stets aus, da mit Beendigung des Amtes das Testamentsvollstreckerzeugnis von selbst kraftlos wird (§ 2368 Abs. 3 Halbsatz 2 BGB) und sich die Gutgläubenswirkung gerade nicht auf den Fortbestand des Amtes erstreckt.<sup>221</sup>

<sup>217</sup> Haegele, a.a.O., Rdn. 124; Staudinger/Gursky (2000) Rdn. 56, Palandt/Bassenge, a.a.O., § 878 Rdn. 11, Münchener Kommentar/Wacke, 3. Auflage § 878 BGB Rdn. 13; Bauer/v.Oefele/Kössinger Rdn. 173 zu § 19; Däubler JZ 1963, 591; Böhringer BWNNotZ 1984, 137 und BWNNotZ 1985, 102; Reimann ZEV 1999, 69 in seiner Anmerkung zu BayObLG ZEV 1999, 67 = NJW-RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; Heil, Erwerberschutz bei Grundstücksveräußerung durch Testamentsvollstrecker, RNotZ 2001, 269; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; Schaub, Die Veräußerung von Grundstücken in der Testamentsvollstreckung, ZEV 2000, 49, 51;

<sup>218</sup> OLG Brandenburg VIZ 1995, 365, 366 (für den staatlichen Verwalter, §§ 11 Abs. 2, 15 Abs. 3 VermG) und LG Neubrandenburg MDR 1995, 491 (für den Konkursverwalter); Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; Schaub, a.a.O., ZEV 2000, 49, 51;

<sup>219</sup> OLG Celle DNotZ 1953, 158 = NJW 1953, 945; KG OLG 26, 4; BayObLG NJW 1956, 1279; BayObLG NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 100; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139; LG Osnabrück KTS 1972, 202; AG Starnberg ZEV 1999, 311 = FamRZ 1999, 743;

<sup>220</sup> Schaub, a.a.O., ZEV 2000, 49, 51; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108;

<sup>221</sup> h.M.: RGZ 83, 348, 352; BGHZ 41, 23; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2368, Rdn. 8; Münchener Kommentar/Promberger, 3. Auflage § 2368 Rdn. 41; Bengel/Reimann, a.a.O., 2. Kapitel Rdn. 277; Bestelmeyer, Zur Zulässigkeit eines nachlassgerichtlichen Zeugnisses über die Fortdauer des Amtes des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 316; siehe hierzu auch oben 1.3.7.1;

Auch wenn die Finanzierung des Kaufpreises und Ablösung von Grundpfandrechten eine Treuhandabwicklung durch den Notar im konkreten Fall nicht gebietet,<sup>222</sup> ist eine hinreichend sichere Gestaltung z.B. in der Weise möglich, dass die Kaufpreiszahlung auf Notaranderkonto erfolgt und der grundbuchmäßige Vollzug des Eigentumswechsels und das Fortbestehen des Amtes zur Auszahlungsvoraussetzung gemacht wird oder der Verkäufer, zeitlich befristet bis zum sicheren Eigentumswechsel (nicht nur Eintragung im Grundbuch, sondern auch Fortbestehen des Amtes zu diesem Zeitpunkt) eine Bürgschaft in Höhe des Kaufpreises beschafft.<sup>223</sup> Allein die Eintragung der Vormerkung sichert nicht, dass der Käufer auch tatsächlich Eigentümer wird.<sup>224</sup>

All diese Konstruktionen ändern natürlich nichts an der Tatsache, dass selbst bei vorgenommener Notaranderkonto- oder Bürgschaftsabwicklung und Eigentumsumschreibung im Grundbuch, im Ergebnis ein Eigentumserwerb nicht stattfindet, wenn die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei Grundbucheintrag nicht mehr fortbestand.<sup>225</sup>

Es gilt daher stets sicherzustellen, dass das Amt im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung noch fortbesteht. Dies kann einmal in den Fällen, in denen die Beendigung des Amtes sich aus der Nachlassakte ergibt, durch entsprechende Einsichtnahme in die Nachlassakte oder Erteilung eines Fortsetzungszeugnisses (falls das Nachlassgericht bereit ist, ein solches zu erteilen<sup>226</sup>) erfolgen. Die Beendigung des Amtes ist aus den Nachlassakten bei Kündigung ersichtlich, da die Kündigung erst mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam wird (§ 2226 Satz 2 BGB) sowie bei Entlassung aus dem Amt (§ 2227 BGB).

Bei Beendigung des Amtes durch Tod, Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder Bestellung eines Betreuers (§§ 2225, 2201 BGB) ist dies dagegen nicht unbedingt der Fall. Hier könnte man, um den Nachweis zu erhalten, dass der Testamentsvollstrecker noch lebt, die Auszahlung des Kaufpreises von seiner Bestätigung abhängig machen, dass die Testamentsvollstreckung noch fortbesteht.<sup>227</sup> Bei den verbleibenden Fällen (Eintritt der Geschäftsunfähigkeit, Beschränkung der Geschäftsfähigkeit oder Bestellung eines Betreuers) wird es eine letzte Sicherheit, selbst bei Vorlage einer solchen Bestätigung, nicht geben. Jedoch ist das Risiko des Erwerbers insoweit gering und gehört zum allgemeinen Lebensrisiko, so dass es nicht gerechtfertigt erscheint, vom Notar insoweit eine entsprechende Sicherung vorzusehen.<sup>228</sup> Letztendlich könnte auch dieses Risiko weiter minimiert werden, indem der Notar in einer beurkundeten Erklärung des Testamentsvollstreckers seine Überzeugung

<sup>222</sup> vgl. zum Sicherungsinteresse anlässlich einer notariellen Verwahrung, Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Auflage, § 45 a, Rdn. 16 ff;

<sup>223</sup> Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 108; Schaub, a.a.O., ZEV 2000, 49, 51; Reimann, ZEV 1999, 69, in einer Anmerkung zum Beschluss des BayObLG ZEV 1999, 67 = NJW RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25; vgl. auch Heil, Erwerberschutz bei Grundstücksveräußerung durch Testamentsvollstrecker, RNotZ 2001, 269, der ohne Notaranderkonto zunächst die Fälligkeit des Kaufpreises und später das Löschen der Vormerkung, zeitlich gestuft nach dem Eigentumswechsel, jeweils von der Vorlage einer Bestätigung des Testamentsvollstreckers über die Nichtbeendigung des Amtes abhängig machen will.

<sup>224</sup> KG OLG 1, 410; Mayer/Bonefeld/Daragan, Rdn. 342;

<sup>225</sup> Heil, a.a.O., RNotZ 2001, 269; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 105;

<sup>226</sup> vgl. hierzu Bestelmeyer, Zur Zulässigkeit eines nachlassgerichtlichen Zeugnisses über die Fortdauer des Amtes des Testamentsvollstreckers, ZEV 1997, 316; Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 104;

<sup>227</sup> so Heil, a.a.O., RNotZ 2001, 269, allgemein als Auszahlungsvoraussetzung;

<sup>228</sup> Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 105; Heil, a.a.O., RNotZ 2001, 269; 271;



von der Geschäftsfähigkeit urkundlich belegt (vgl. § 11 BeurkG, keine Angabe von Zweifeln) und er im übrigen den Testamentsvollstrecker versichern lässt, dass keine der vorgenannten Voraussetzungen vorliegen. Ob das Verlangen nach einer solchen Erklärung auf ein Verständnis des Testamentsvollstrecker stößt, kann mit Recht bezweifelt werden und erscheint deshalb übertrieben und nicht zumutbar.

Dass die Testamentsvollstreckung im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch durch Erledigung bzw. Ausscheiden des Grundstücks aus dem Nachlass beendet sein könnte, wird schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil die Testamentsvollstreckung erst mit der Eigentumsumschreibung endet.<sup>229</sup>

Als sonstige Fälle der Beendigung der Testamentsvollstreckung kommen noch Befristungen oder sonstige auflösende Bedingungen in Betracht. Insoweit würde sich dies jedoch aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis ergeben. Falls dies nicht der Fall wäre, würde hier ausnahmsweise Gutgläubensschutz eingreifen.<sup>230</sup> Ferner könnte die Testamentsvollstreckung durch Zeitablauf (30 Jahre gemäß § 2210 BGB) beendet sein. In der Regel erfolgen jedoch Grundstücksveräußerungen in einem sehr nahen Zeitraum nach dem Tod des Erblassers. Ist ein Zeitraum von mehr als dreißig Jahren vergangen, wird der Notar anhand des Testamentes entsprechende Beendigung prüfen können.

Eine weitere Möglichkeit der Sicherung bestünde darin, den durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben an der Beurkundung mitwirken zu lassen. Scheidet der Testamentsvollstrecker nämlich aus dem Amt aus, so sind die Erben wieder verfügungsberechtigt und können entsprechend § 185 Abs. 2 BGB die Bewilligung abgeben. Diese Lösung führt auf jeden Fall zu einer sicheren Gestaltung, hilft aber dann nicht weiter, wenn ein Ersatztestamentsvollstrecker bestellt ist und somit die Verfügungsbeschränkung weiter bestehen bleibt.<sup>231</sup>

Zu überlegen wäre ferner, den Testamentsvollstrecker eine Vollmacht, z.B. Aufassungsvollmacht, zur Abgabe seiner Bewilligung auf den Zeitpunkt des Eigentumswechsels abgeben zu lassen. Von dieser Vollmacht könnte sodann von einer dritten Person Gebrauch gemacht werden, so dass die Bewilligungsbefugnis auf jeden Fall gewährleistet wäre. Dieser Weg scheitert jedoch daran, dass Vollmachten des Testamentsvollstreckers mit der Beendigung des Amtes erlöschen.<sup>232</sup> Auch wird die Vertretungsmacht nicht gemäß § 172 Abs. 2 BGB bis zur Rückgabe der Vollmacht als fortbestehend fingiert.

<sup>230</sup> siehe hierzu oben 1.3.7.1

<sup>231</sup> Zahn, a.a.O., MittRhNotK 2000, 89, 105;

<sup>232</sup> OLG Düsseldorf Rpfleger 2001, 425; KGJ 41, 79, 80; Bengel/Reimann, a.a.O., 6. Kapitel Rdn. 29; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 5. Aufl., § 31, VII, Fußnote 340; Soergel/Damrau, 12. Aufl., § 2218 BGB, Rdn. 3; Staudinger/Reimann (1996), § 2218 BGB, Rdn. 14; Münchener Kommentar/Brandner 3. Aufl., § 2218 BGB, Rdn. 6; Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2218 BGB, Rdn. 2.; a.A. Kipp/Coing (Erbrecht, 14. Aufl., § 73 II 5 b)

Die vorgenannten Fallkonstellationen zeigen deutlich, dass ein dringendes praktisches Bedürfnis besteht, dass die bislang h.M. in der Rechtsprechung sich der überwiegenden Literaturmeinung anschließt<sup>233</sup> oder der Gesetzgeber eine Klarstellung zur Anwendung des § 878 BGB vornimmt, zumal sich die gleiche Problematik beim Insolvenzverwalter stellt.

Besondere Vorsicht ist für den Notar geboten, wenn bei Veräußerungen durch den Testamentsvollstrecker eine Notarbestätigung bezüglich eines Grundpfandrechtes im Raum steht, da nicht vorhersehbar ist, ob der Testamentsvollstrecker bis zur Eintragung der Grundschuld im Amt bleibt.<sup>234</sup>

Ich selbst empfehle, die gemachten Vorschläge zu kombinieren und in solchen Fällen eine Treuhandabwicklung durch den Notar vorzunehmen, da für die Auszahlung grundsätzlich erst die Eigentumsumschreibung im Grundbuch abgewartet werden sollte. Die Auszahlung sollte ferner davon abhängig gemacht werden, dass dem Notar eine schriftliche Bestätigung des Testamentsvollstrecker vorliegt, wonach keine gesetzlichen oder sonstigen Gründe vorliegen, die zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu einer Amtsbeendigung geführt haben. Ferner sollte sich davon abhängig gemacht werden, dass sich nach Feststellung des Notars aus den Nachlassakten keine Anhaltspunkte für eine vorzeitige Amtsbeendigung ergeben haben. Entsprechender Aufwand ist sicher nicht allzu groß.

Ferner wäre zu empfehlen, den Testamentsvollstrecker bereits in der Kaufvertragsurkunde eine Erklärung abgeben zu lassen, wonach er versichert, das Amt mindestens bis zur Eigentumsumschreibung im Grundbuch fortzuführen. Eine solche Erklärung würde zumindest für den Fall der Kündigung eine Haftung des Testamentsvollstreckers begründen können. Soweit ein Erbschein oder ein öffentliches Testament vorliegt, sollte man die Erben – falls dies nicht mit größeren Umständen verbunden ist (z.B. große Zahl von Erben, entfernte Wohnsitze, zusätzliche Kosten) – fürsorglich an allen Erklärungen mitwirken lassen.

Für das Grundbuchamt gilt jedoch, dass es für seine Eintragungen zunächst immer vom Fortbestand der Verfügungsmacht ausgehen kann, es sei denn es bestünden hieran begründete Zweifel.<sup>235</sup> Unabhängig hiervon ist jedoch die Frage zu beurteilen, ob der Rechtserwerb tatsächlich wirksam geworden ist, falls sich eine vorzeitige Amtsbeendigung herausstellen sollte.

<sup>233</sup> Heil, a.a.O., RNotZ 2001, 269; 270; vgl. auch zum Erlöschen der Vollmacht des Eigentümers im Insolvenzverfahren, BayObLG RNotZ 2003, 624;

<sup>234</sup> Schaub, a.a.O., ZEV 2000, 49, 51

<sup>235</sup> Demharter, a.a.O., § 25 Rdn. 61;

# Gewusst wo

## Gesetze, Verordnungen, Erlasse in Bund und Land

### 2003

(von Notar a.D. Dr. Trutz Linde, Müllheim/Baden)

#### I. Internationales Recht

Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation  
vom 21.5.2003 – BGBl II 2003,698  
vom 10.7.2003 – BGBl II 2003, 734

Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts  
vom 14.3.2003 – BGBl I 2003,345

Gesamtverzeichnis der Dolmetscher und Übersetzer in Baden-Württemberg  
Stand: 1. Januar 2003 – Die Justiz 2003, 324

#### II. Bundesrecht

##### A. Zivil- und Verfahrensrecht

Gesetz zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens  
(Spruchverfahrensneuordnungsgesetz)  
vom 12.6.2003 – BGBl I 2003,838

Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts  
vom 13.12.2003 – BGBl I2003, 2547  
(zur Sorgeerklärung gem. §§ 1626 a ff BGB)

##### B. Öffentliches Recht

Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes  
vom 14.1.2003 – BGBl I 2003, 66

Neufassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes  
vom 23.1.2003 – BGBl I 2003, 102

(§§ 33, 34 Beglaubigung von Dokumenten und Unterschriften; §§ 54 ff Öffentlich-rechtliche Verträge)  
hierzu: Verordnung über die zu Beglaubigungen befugten Behörden  
(Beglaubigungsverordnung – BeglV)  
vom 13.3.2003 – BGBl I 2003, 361

Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche, über die Aufstellung von Betriebskosten und zur Änderung anderer Verordnungen  
vom 25.11.2003 – BGBl I 2003, 2346

Gesetz zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch  
vom 27.12.2003 – BGBl I 2003, 3022  
(vgl. insbes. auch §§ 93 ff „Übergang von Ansprüchen“ sowie § 102 „Kostensatz durch Erben“)

##### C. Berufsrecht

Gesetz über die Anpassung von Dienst- und Versorgungsbezügen in Bund und Ländern 2003/2004 sowie zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften  
(Bundesbesoldungs- und -versorgungsanpassungsgesetz 2003/2004-BBVAnpG 2003/2004)  
vom 10.9.2003 – BGBl I 2003, 1798  
hierzu: Bekanntmachung nach § 77 Abs.1 bis 3 des Bundesbesoldungsgesetzes und nach § 2 Abs.1

und § 3 Abs. 2 der Zweiten Besoldungs-Übergangsverordnung  
vom 10.9.2003 – BGBl I 2003, 1843  
(Berichtigung vom 16.12.2003 in BGBl I2003, 263)  
Gesetz zur Reform des Zulassungs- und Prüfungsverfahrens des Wirtschaftsprüfungsexamens  
(Wirtschaftsprüfungsexamens-Reformgesetz-WPRefG)  
vom 1.12.2003 – BGBl I 2003, 2446  
(Art. 1 Ziff. 27: Änderung von § 44b Wirtschaftsprüferordnung: „Gemeinsame Berufsausübung, Außen- und Scheinsozietät“ bezgl. Sozietät mit Rechtsanwälten, die zugleich Notare sind).

##### D. Steuerrecht

Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit  
vom 23.12.2003 – BGBl I 2003, 2928

#### III. Landesrecht

##### A. Verwaltung / Verfahren

Datenschutz und Datensicherheit in den Notariaten und Grundbuchämtern  
VwV d. JuM vom 11.12.2002 (151 8/0078 V) -  
Die Justiz 2003, 7

Sparkassengesetz für Baden-Württemberg (SpG)  
in der Fassung vom 1.4.2003 GBl 2003, 215  
(§ 10 Siegföhrung; § 23 Abs. 3 Öffentliche Urkunden)

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der OrganisationsverordnungLFGG

vom 25. 4.2003 – GBl 2003, 277  
vom 24. 6.2003 – GBl 2003, 363  
vom 5.12.2003 – GBl 2003, 729

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Verordnung über das maschinell geföhrte Grundbuch vom 5.7.2003 – GBl 2003, 374  
(Grundbuchdatenzentrale Baden-Württemberg)

Verwaltungsvorschrift über die Ausscheidung von Altakten und sonstigen Informationsträgern  
VwV d. JuM vom 3.11.2003 (1452/0293) –  
Die Justiz 2003, 626

##### B. Berufsrecht

Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums über die Ausbildung der Rechtsreferendare  
VwV d. JuM vom 13. 9.2002 (2220I-PA/135) –  
Die Justiz 2003, 1

Stoffpläne für die Lehrveranstaltungen in den Arbeitsgemeinschaften des juristischen Vorbereitungsdienstes für Rechtsreferendarinnen und -referendare  
Bek. d. JuM vom 7.1.2003 (2220I-PA/135) –  
Die Justiz 2003, 104

Studienplan für das Studium an der Fachhochschule Schwetzingen – Hochschule für Rechtspflege –

Bek. d. JuM vom 18.3.2003 (2321/0458) –  
Die Justiz 2003, 192  
Bek. d. JuM vom 10.10.2003 (2321/0458) –  
Die Justiz 2003, 578

Nebentätigkeitsrecht  
VwV d. JuM vom 16.4.2003 (2003/0157) –  
Die Justiz 2003, 250

Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Arbeitszeitverordnung  
vom 8.7.2003 – GBI 2003, 360 (Verlängerung der Arbeitszeit von 40 auf 41 Stunden ab 1.9.2003)

Gesetz über die juristischen Prüfungen und den juristischen Vorbereitungsdienst  
(Juristenausbildungsgesetz – JAG)  
vom 16.7.2003 – GBI 2003, 354

Umzugskosten  
Bek. d. JuM vom 29.10.2003 (2140/0099) –  
Die Justiz 2003, 618

Anmerkung:

Diese Zusammenstellung schließt mit dem 31.12.2003 ab. Sie setzt die alljährlichen Übersichten in der BWNotZ, zuletzt 2003, 101, fort.

## Buchbesprechungen

### Ein „lausiges Rechtssystem“?

#### Besprechung von

**a) Catherine Crier: The Case Against Lawyers (Broadway Books New York als Hardcover 2002, als Taschenbuch 2003, 242 S., \$ 14,-)**

**b) Klaus Günther: Anwaltsimperien (in Kursbuch Nr. 155 Neue Rechtsordnungen, Rowohlt Berlin 2004, € 10,-)**

Man erinnert sich, die zitierte Bemerkung kostete – nach einem vergeblichen Versuch, das darin enthaltene Werturteil nachträglich abzuschwächen – einen JustizministerInnenposten. Die Autorin Catherine Crier, selbst Jahrzehnte lang als attorney-at-law tätig, schildert in ihrem literarischen „Prozess gegen die Anwälte“ anhand zahlreicher Berichte über real geführte Prozesse, deren Hintergründe und Auswirkungen das, was der Untertitel des Buches verspricht: „Wie Anwälte, Politiker und Bürokraten das Recht in ein Instrument der Tyrannei verwandelt haben – und was wir als Bürger dagegen tun müssen.“ Es ist zugleich eine leidenschaftlich Anklage gegen das so bewertete Rechtssystem, ein wortgewandtes Plädoyer für die Rückkehr zum gesunden Menschenverstand und eine amüsante Lektüre für einen arbeitsfreien Nachmittag. Die Kenntnis von dem einen oder anderen spektakulären Fall wie z.B. die Klage gegen Zigarettenhersteller Philip Morris, geforderte und zuerkannte Schadensersatzbeträge, welche angeblich zum Zwecke der Bestrafung und Abschreckung als „punitive damages“ exorbitant hoch sind, ist ja wohl über den Atlantik hinweg auch ins „Old Europe“ geschwappt. (Im genannten Fall erkannte die erste Instanz drei Milliarden Dollar zu, die nach Appellation auf „nur“ noch hundert Millionen zusammenschrumpften.) Die (begründete) Furcht davor führt zu einer inflationären Ausstattung jeden Gegenstands mit Warnhinweisen, die nichts anderes bezwecken, als den Erwerber vor seiner eigenen Dummheit zu schützen, und sei die Vorstellung davon noch so abstrus. Da wird bei einem Faltkinderwagen befohlen, das Kind erst heraus zu nehmen bevor man ihn zusammenfaltet. Schlafpillen warnen vor Dösigkeit. Ein Schubkarren ist nicht zum Fahren auf der Autobahn bestimmt und mit einem Bügeleisen darf man keine Kleider bügeln, die man gerade am Leib trägt. Eine Tonerpatrone trägt den Hinweis, dass der Inhalt niemals gegessen und ein Selbstmassagegerät den, dass es nicht während des Schlafes oder einer Bewusstlosigkeit gebraucht werden darf. \*)

Crier schildert, wie eine „Nation von Opfern“ entstanden ist, deren reale und eingebilddete Leiden stets nur von einem anderen verursacht wurden, der dafür zu zahlen hat und zwar gleich so viel, dass das arme Opfer samt seinen Erben für alle Zeiten ausgesorgt hat. (Einem drüben kursierenden Witzwort zufolge lernt das amerikanische Kleinkind als erste Wörter nicht mehr „mom“ und „dad“ sprechen sondern „I sue you!“ – „ich verklag' dich“) Eine der Hauptursachen dafür sieht sie in der Arbeit und in dem Selbstverständnis der amerikanischen Anwälte. Eine Entwicklung freilich, die nur möglich war, weil die Bürger dieser Republik die republikanische Tugend der Verantwortlichkeit für sich selbst und für die Gemeinschaft aufgegeben haben. Eine Entwicklung, die übrigens der von ihr zitierte Franzose Alexis de Tocqueville in seinem Werk über die amerikanische Demokratie vor mehr als hundert Jahren vorausgesagt hat.

Aber dafür, dass es letztlich soweit kam wie es gekommen ist, stellt Crier – wohl zu Recht – die riesigen „american law-firms“ an den Pranger, deren Jahresumsätze die Milliardenengrenze überschreiten. Bekanntlich lassen sich amerikanische Anwälte mit Erfolgshonoraren (contingency fees) bezahlen (falls die Sache aussichtsreich ist, sonst lieber nach erklecklichen Stundensätzen). Sie können bis zu 50 % der zuerkannten Summe betragen. Das gibt bei entsprechendem punitive damage Beträge, die einem Old-Europe-Anwalt schwindig werden lassen.

Bleibt in diesen Fällen auch dem – erfolgreichen – Kläger noch ein hübsches Sümmchen, ist dies bei den viel gerühmten Sammelklagen (class-actions) in der Regel nicht der Fall. Sie enden fast ausnahmslos durch Vergleich und – abgesehen von den wenigen auch hierzulande bekannt gewordenen spektakulären Fällen – damit, dass jeder Kläger einen Gutschein über einen relativ geringen Betrag erhält, den er nur beim Kauf eines Produktes des beklagten Unternehmens einlösen kann. Der Anwalt erhält selbstverständlich ein Erfolgshonorar in cash. Dazu kommt, dass jeder, der eine Benachrichtigung erhält, er sei an dem Verfahren beteiligt, falls er nicht widerspreche (opts out)

\*) Anscheinend reicht in Deutschland aber auch schon das ProdHaftG aus, um den Hersteller eines Kinderreisebettchens unter seine zahlreichen Warnhinweise auch noch den aufzunehmen, das Kind „sogar während es schläft“ niemals außer Sichtweite zu lassen. Verreist das Kind mit beiden Eltern, können sie sich vielleicht noch bei der „Kindswache“ ablösen. Aber was macht ein mit dem Kind allein verreisender Elternteil?

was naturgemäß aus Bequemlichkeit und Unkenntnis der Folgen nur selten geschieht, für die Gebühren des Anwalts haftet.

Bekanntlich werden amerikanische erstinstanzliche Richter vom Wahlvolk gewählt – aus den Reihen der Anwälte. Sie müssen einen Wahlkampf führen und der kostet Geld, was natürlich in erster Linie von den Kollegen gespendet wird. Nach Ablauf der Amtszeit von acht Jahren stehen sie zur Wiederwahl an –. Aber auch bei der finanziellen Unterstützung der Politiker verhalten sich die großen law firms nicht kleinlich. So bleibt hübsch alles beim alten.

Zu bemängeln ist lediglich, dass sich Crier nicht mit der Auswirkung des Geschworenensystems in der Zivilgerichtsbarkeit – zuständig sobald der Streitwert \$ 20,- überschreitet – befasst. Darf man salopp unterstellen, dass das auch für diesen kritischen Geist ein Tabu bleibt? Aus Gesprächen mit amerikanischen Juristen habe ich den Eindruck gewonnen, dass der Umgang mit der jury auch im Zivilprozess in der Aus- und ebenso Fortbildung des attorney in den sogenannten „mock-trials“ (Scheinprozessen zu Lernzwecken) fast eine wichtigere Rolle als das Recht selbst spielt. In welchem Winkel zur jury sich der Anwalt beim Kreuzverhör und Plädoyer aufstellt, wie er sie mit den Augen fixiert, das alles wird peinlich exakt eingeübt.

Über Vor- und Nachteile der Beteiligung an Laienrichtern in Zivilprozessen, wie es ja teilweise auch bei uns, z. B. bei den Arbeitsgerichten geschieht, mag man trefflich streiten, aber die Punitive-Damages-Exzesse amerikanischer Geschworener lassen erschauern.

Wer sich jetzt noch entspannt zurücklehnt und pharisäisch denkt „so etwas wäre bei uns nicht möglich“, der sollte sofort anschließend die erforderlichen 30 oder 40 Minuten auf die Lektüre der knapp 14 Seiten Günthers über Anwaltsimperien verwenden. Die Aufklärung darüber, wie weit es den bekannten wirtschaftlichen und militärischen Machtverhältnissen schon gelungen ist, völlig anders geartete in Jahrhunderten gewachsene Rechtskulturen einschließlich ihrer Sprache zu „assimilieren“ – oder sollte man gar von Zerstörung sprechen? – kommt garantiert. Die Bedeutung der Finanzmärkte in London und noch mehr in New York bringt die Expansion der lokalen Rechtskultur der Wall-Street-Anwaltsfirmen nach Kontinentaleuropa. Die äußere Form des jetzt möglichen Zusammenschlusses verschiedener nationaler Sozietäten darf nicht darüber hinweg täuschen, dass es zumeist die angelsächsische Firma ist, die den Ton angibt und die Geschäftspolitik bestimmt. Anwälte bieten international Produkte an. Das Recht wird zur Ware und der Anwalt zum Unternehmer. Günther nennt die aktuellsten Zahlen, z. B. den ungefähren Jahresumsatz einer führenden amerikanisch-englisch-deutschen mit einer Milliarde Euro für 1999/2000, Tendenz steigend, erwirtschaftet von rund 2.700 Anwälten in 30 Büros. Die fünf größten britischen Gesellschaften, die aus internationalen Zusammenschlüssen hervorgegangen sind, setzten ca. 4,35 Milliarden Euro und damit 37 % des Gesamtumsatzes der 100 top firms um. Ohne – wie die Wirtschaftskonzerne durch Fusionen aufzufallen – schaffen die internationalen law firms durch netzwerkartige Koordination oder die bloße Gleichzeitigkeit gleichförmigen Handelns an verschiedenen Orten der Welt selber international anerkanntes Recht bzw. steuern die Rechtsentwicklung ohne jegliche demokratische Legitimation. Sie bestimmen und besetzen in den großen Rechts- und Wirtschaftsstreitigkeiten die Schiedsgerichte, deren Entscheidungen nach angelsächsischem Muster und Recht der deutsche Gesetzgeber gerade eben noch einen Beglaubigungsstempel aufdrücken darf.

Zum Abschluss des Nachmittags darf ich dann noch die Re-Lektüre des § 17 BeurkG – aber bitte laut – empfehlen. Klingt – frei nach Heine – wie „ein Märchen aus uralten Zeiten“, nicht wahr?

Aber, so sagt der Volksmund, „Totgesagte leben länger!“

Dr. Paul Klebs, Notariatsdirektor i. R, Mannheim

Rohs/Wedewer: **Kostenordnung – Kommentar**, 84. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage, 49. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage. April 2003. R. v. Decker Verlag, Heidelberg. 226 Seiten, 72 €.

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bringt die vorzüglichen Erläuterungen wieder auf den aktuellen Stand. Die Ergänzungslieferung enthält die auf den Euro umgestellten Kostentabellen, so dass die bei einem bestimmten Geschäftswert entstehenden Gebühren für alle gängigen Gebührensätze wieder zur Verfügung stehen. Völlig neubearbeitet wurde Notarkostenbeschwerde zu § 156 KostO, die eine Divergenzvorlage der weiteren Beschwerde an den BGH eingeführt hat und in nächster Zeit die wichtigsten Streitfragen des Notarkostenrechts für die Praxis klären wird. Keine solche Klärungsmöglichkeit gibt es bisher für die Gerichtskosten in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Kommentierung zum Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO wurde um weitere Sachverhalte ergänzt, bei § 7 KostO wurde die Kommentierung zur Bescheinigung nach § 54 GmbHG überarbeitet und auf die Bewertung eines Wirksamkeitsvermerks (an Stelle einer Rangänderung), auf den Wert einer Eigentumsänderung auf Grund eines Zuschlags in der Zwangsversteigerung eingegangen. Diese wenigen Beispiele zeigen: der Kommentar ist für die kostenrechtliche Praxis von Notaren und Gerichten unentbehrlich.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Keidel/Kuntze/Winkler. **Freiwillige Gerichtsbarkeit**. Kommentar zum FGG. 15., neubearbeitete Auflage. 2003, 2093 Seiten. Verlag C. H. Beck, München. 128 €.

Die Neuauflage ist voll auf der Höhe der Zeit. Alle Gesetzesänderungen in den vergangenen Jahren wurden berücksichtigt, neu eingefügte Gesetzesregelungen umfassend erläutert, die Zentralnorm § 12 FGG vollständig neu kommentiert. Nachdem die elektronische Datenverarbeitung auch in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Einzug gehalten hat, finden sich nun auch Erläuterungen zu den Themenbereichen elektronisches Dokument (bei Einreichung von Schriftsätzen an das Gericht und Beschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen), elektronische Signatur, elektronische Registerführung und Abruf von Registerdaten mittels Online-Verfahren. Das Recht der neuen Bundesländer wurde teilweise nur noch verkürzt wiedergegeben und auf die ausführlichen Erläuterungen der Voraufgabe hingewiesen. Selbst landesrechtliche Besonderheiten wie das Staatliche Notariat und die Ratschreiberei in Baden-Württemberg sowie das Ortsgericht in Hessen fanden Berücksichtigung in dem vorzüglichen Werk. Der Kommentar ist überall praxisorientiert – ein perfektes Handwerkszeug für den Rechtsalltag. Wer sich rasch und zugleich genau informieren will, benötigt diesen „Klassiker“.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Böttcher/Ries. **Formularpraxis des Handelsregisterrechts.** Von Prof. Roland Böttcher und Prof. Dr. Peter Ries. RWS-Formularbuch 2. RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln. 1. Aufl. 2003, 512 Seiten, 69 €.

In den nächsten fünf Jahren erfolgt bei über 700 000 mittelständischen Unternehmen ein Generationenwechsel. Viele GmbH werden in nächster Zeit eine Euro-Glättung mittels einer Kapitalerhöhung vornehmen. Die Kleinen Aktiengesellschaften werden zunehmend am Markt erscheinen. Zu all diesen und noch anderen rechtlichen Maßnahmen sind Eintragungen in das Handelsregister erforderlich. Für Notare, Rechtsabteilungen, Rechtspfleger und Richter sind die Registereintragungen wegen ihres Variantenreichtums und der Vielzahl der eintragungspflichtigen Vorgänge ein ständiges Fehlerpotenzial. Deshalb bietet das RWS-Formularbuch eine umfassende Darstellung der Handelsregisterpraxis bei allen gängigen Gesellschaftsformen. Insgesamt 138 praxisnahe Muster erleichtern die Anmeldungen und Eintragungen bei den gängigen Unternehmensformen sowie den Spezialgebieten Prokura und Inhaberwechsel. Die Muster folgenden den theoretischen Ausführungen zu den einzelnen Problemkreisen mit weiterführender Literatur. Bewusst wurde auf die Darstellung des Umwandlungsrechts verzichtet. Für die nächste Auflagen haben die Verfasser noch die Partnerschaft, EWIV und Ausführungen zum maschinell geführten Handelsregister angekündigt.

Selbstverständlich nimmt das Buch auch zu allen aktuellen Streitfragen Stellung, so z.B. zum „Mantelerwerb“ (Rdnr. 378), zur (Vor-) Einzahlung von Geldern bei GmbH-Gründung und Kapitalerhöhung (Rdnr. 320, 480) und Prüfung der Bareinzahlung durch das Registergericht (Rdnr. 328), zur Anzeigepflicht des Notars bei Änderungen im Gesellschafterbestand (Rdnr. 376), zur Haftung in der Gründungsphase (RdNr. 338), zum Inhalt einer Registeranmeldung bei einer Satzungsänderung (RdNr. 453). Durchgängig orientieren sich die Hinweise an der herrschenden Meinung, manchmal aber auch an einer zu strengen – und vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckten – Praxis der Registergerichte (z.B. Rdnr. 328; dazu Böhringer Rpfleger 2002, 551).

Im Vergleich zu schlichten Formularbüchern zum Handelsregisterrecht besticht das Werk nicht nur wegen seines gewaltigen Umfangs und prägnant dargestellten Inhalts, sondern auch wegen der Darstellung des praxisrelevanten materiellen Rechts zu den behandelten Registervorgängen. Das vorzügliche Werk vermittelt ein an der praktischen Anwendung ausgerichtetes Wissen. Die Anwendung des Buches fällt erfreulicherweise leicht, nicht nur wegen der strengen Gliederung, sondern auch durch exakte Querverweise und ein umfangreiches Stichwortregister. Das Buch ist eine grandiose Darstellung einer äußerst komplexen Materie, es ragt über ein schlichtes Formularbuch weit hinaus und verdient zu Recht das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis“.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Langenfeld/Gail. **Handbuch der Familienunternehmen.** Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht der Einzelunternehmen und Familiengesellschaften mit Mustersammlung. Von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld und WP und StB Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Winfried Gail, unter Mitarbeit von StB Dipl.-Kffr. Christiane Schubert. Verlag Dr. Otto

Schmidt KG, Köln 2003, Loseblattausgabe, Grundwerk, 8. Auflage mit Lfg. 29, 1.816 Seiten, DIN A 5, einschl. Ordner, 129,- Euro. Ergänzungslieferungen erscheinen ein- bis zweimal jährlich.

Das Standardwerk zum Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht der Einzelunternehmen und Familiengesellschaften wurde mit der 29. Nachlieferung mit immerhin 606 neuen Seiten aktualisiert. Es gliedert sich in acht Teile: Gesellschaftsrecht der Familiengesellschaften, Steuerrecht der Familienunternehmen, Ehevertrag des Unternehmers, Testament des Unternehmers, Hinweise zur Testamentsgestaltung, vorweggenommene Erbfolge und lebzeitige Zuwendung von Betriebs- und Privatvermögen, Schenkung und Erbschaftsteuer des Unternehmers sowie Mustersammlung. Das Kapitel „Steuerrecht der Familienunternehmen“, stammt aus der Feder von Gail, „Schenkungen und Erbschaftssteuer des Unternehmers“ von Schubert, alle weiteren Teile stammen von Langenfeld. Völlig neu überarbeitet wurde unter Berücksichtigung der neueren Rspr. zur Ausübungs- und Inhaltskontrolle von Eheverträgen Teil III (Ehevertrag des Unternehmers). Auch die Mustersammlung wurde neu herausgegeben, mit Ausnahme des dortigen bereits vorhandenen aktuellen Kapitels über die Stiftung. Neben zahlreichen Anpassungen im ersten allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Teil des Werkes sind die Vorschläge von Langenfeld zu einer zukunftssicheren Gestaltung von Abfindungsklauseln bei der GmbH entsprechend den Grundsätzen des IDW (Informationsdienst Wissenschaft e.V) beachtenswert, ferner seine grundlegende Überarbeitung des Kapitels zur GbR in Anbetracht der Rspr. des BGH zu deren Teilrechtsfähigkeit. Dogmatisch konsequent wendet sich Langenfeld gegen die Auffassung des BayObLG (NJW 2003, 70 = DNotZ 2003, 52), welches trotz der vom BGH anerkannten Rechtsfähigkeit die Grundbuchfähigkeit der GbR ablehnt.

Im Mittelpunkt der umfangreichen Überarbeitung von Teil II (Steuerrecht der Familienunternehmen) stehen die Änderungen durch das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz (UntStFG). Hierbei verdienen die Neuregelungen zur Übertragung/Veräußerung von Einzelwirtschaftsgütern und Mitunternehmeranteilen besonderes Augenmerk. Zahlreiche Erlasse und BMF-Schreiben sind eingearbeitet, insbesondere zur vorweggenommenen Erbfolge sowie zur steuerlichen Anerkennung von Gesellschafter-Geschäftsführervergütungen. Auch die von Schubert im Kapitel zur Schenkungs- und Erbschaftssteuer vorgenommenen zahlreichen Anpassungen unterstreichen die besondere Aktualität der Neulieferung, welche mit der Schnellebigkeit des Steuerrechtes wieder einmal umfassend Schritt hält. Auch der nicht mit dem Unternehmenssteuerrecht befasste Notar findet hier auf mehr als 220 Seiten eine gut lesbare und verständliche Darstellung des gesamten Schenkungs- und Erbschaftssteuerrechts. Neuerungen durch die Erbschaftssteuer-Richtlinien (ErbStR) 2003 einschließlich der sie ergänzenden Hinweise (ErbStrH) sind eingearbeitet. Weitere Schwerpunkte der Neulieferung bilden u.a. die steuerliche Behandlung von Gleichstellungsgeldern, der Beendigung der ehelichen Zugewinnngemeinschaft oder von Gemeinschaftskonten der Ehegatten.

Die gelungene Neulieferung belegt wieder einmal, dass sich das Werk seit Jahren zu Recht einen Stammplatz in der Bibliothek des Notars verdient hat.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmerger, Schwetzingen.

Zöller. **Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht.** Kommentar, begründet von Dr. Richard Zöller, bearbeitet von Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Reinhard Greger, RiAG Kurt Herget, MinRat Dr. Hans-Joachim Heßler, RiOLG a.D. Dr. Peter Philipp, RegDir a.D. Kurt Stöber und Prof. Dr. Max Vollkommer. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 24. neu bearbeitete Auflage 2003, 2903 Seiten, 149,80 €.

Der „Zöller“ gehört zu den Klassikern der ZPO-Kommentare. Im Mittelpunkt der 24. Auflage steht die ZPO-Reform in der Rechtspraxis. Nach gut eineinhalb Jahre seit In-Kraft-Treten des neuen Rechts fehlen der Rechtspraxis noch weitgehend gesicherte Leitlinien und richtungsweisende obergerichtliche Leitentscheidungen für die Rechtsanwendung. Die Neubearbeitung versteht es als ihre Aufgabe, das von der Rechtsprechung bereits zu Tage geförderte Erfahrungsmaterial und die Fülle der erschienenen unterschiedlichen Stellungnahmen aus dem Schrifttum zuverlässig zu erfassen und kritisch zu bewerten, daran die vorhandene Kommentierung zu überprüfen, zu ergänzen und zu vertiefen. Die Neuauflage erfasst das bereits vorhandene Rechtsprechungsmaterial und Literatur und bietet dem Nutzer so einen vollständigen Überblick über den Stand der in der Rechtsprechung bereits erzielten Ergebnisse, über bestehende oder sich abzeichnende Kontroversen verbunden mit begründeten Lösungsvorschlägen. Weitere Schwerpunkte sind die prozessualen Auswirkungen der Überseering-Entscheidung des EuGH, die Spätfolgen der Anerkennung der Parteifähigkeit der BGB-Außengesellschaft, die Neudarstellung des Anwaltszwangs in Familiensachen auf Grund der Neufassung des § 78 ZPO, das neue Rechtsmittelrecht, erste Rechtsbeschwerdeentscheidungen des BGH zum Zwangsvollstreckungs- und Kostenrecht sowie die Erstkommentierung des neuen 11. Buchs der ZPO.

Auch die für die notarielle Praxis wichtigen Themen wie Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und Zwangshypothek mit „gedeckeltem“ Höchstzinssatz wurden berücksichtigt. So kann nunmehr eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen Ansprüche auf Räumung von Räumlichkeiten (Wohnung – beachte aber die Differenzierung zu Gewerberäumen) in einem Grundstücksveräußerungsvertrag aufgenommen werden. Bei der Unterwerfung wegen Zinsen muss sich der Zinsbeginn aus der Urkunde ergeben, bei Grundpfandrechten ist der Zinsbeginn „ab Grundbucheintragung“ ausreichend (BGH NJW-RR 2000, 1358). Bei der Eintragung von Zwangshypotheken wird weiterhin die Meinung vertreten, dass bei einer Bezugnahme auf den Basiszinssatz ein Höchstzinssatz wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes anzugeben sei; an dieser früher richtigen Rechtsauffassung kann aber seit 1.5.2000 nicht mehr festgehalten werden (Böhringer BWNNotZ 2003, 129, 130; Volmer ZfIR 2001, 246; Wolfsteiner MittBayNot 2003, 295; a.A. Demharter EWIR 2003, 365). Beachte dazu auch die Aufweichung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch § 1105 BGB. Fortwirkende Besonderheiten in den neuen Ländern sind ebenfalls berücksichtigt, z.B. die Zwangshypothek nach Überleitung aus dem Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des Familiengesetzbuchs der ehemaligen DDR, die Zwangsvollstreckung in das Gebäudeeigentum i.S. von Art. 233 §§ 4, 2b und 8 EGBGB und das Baulichkeiteneigentum. Eine BGB-Außengesellschaft wird weiterhin nicht für grundbuchfähig gehalten (ebenso BayObLG Rpfleger 2003, 78; Böhringer BWNNotZ 2003, 129, 138; Demharter Rpfleger 2002, 538). Die wenigen Beispiele sollen genügen um fest-

zustellen: Das bewährte Werk ist ein verlässlicher Wegweiser durch die ZPO, der zur sicheren Anwendung in der Praxis führt; es überzeugt durch große Informationsdichte, Praxisnähe und Übersichtlichkeit.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Robert Walz (Hrsg.), **Verhandlungstechnik für Notare**, Verlag C.H. Beck, 2003, XV, 186 Seiten, kartoniert € 26,00, ISBN 3-406-50452-3

Das als Band 11 in der Schriftenreihe des DNotI erschienene Werk des Autorenteam Walz, Bülow, Kapfer, Schneeweiß, Schwarz, Schwarzmann, Selbherr und Sorge nimmt eine Seite des Notarberufs in Augenschein, die bislang wenig beleuchtet wurde, nämlich die Verhandlungsseite. Ziel ist es, Notaren verhandlungstechnisches Grundwissen zu vermitteln und ihnen einen Leitfaden für Verhandlungen und Mediation an die Hand zu geben. Die Autoren sind oder waren alle im Notarberuf tätig und somit bestens vertraut mit den Herausforderungen, die Beurkundungsverhandlungen für den Notar darstellen. Alle in dem Buch enthaltenen Beiträge haben die Autoren bereits zu früheren Zeitpunkten an anderer Stelle (MittBayNot 2000 und 2001) veröffentlicht. Sie werden hier noch einmal zu einem übersichtlichen Ganzen zusammengefasst.

Das Buch ist in zwölf Kapitel gegliedert: Grundlegende Verhandlungsstrategien (Walz); Über die Herkunft von Kooperationsgewinnen (Kapfer); Verhandlungsführung in der Konfliktmediation (Walz); Neutralität des Verhandlungsleiters (Sorge); Vertraulichkeit der Konfliktmediation (Walz); Zum Umgang mit Widerstand in Verhandlungen (Schneeweiß); Verhandlung und Mediation mit vielen Beteiligten (Schwarz); Verhandlungen über eine Mehrzahl von Gegenständen (Kapfer); Verhandeln mit Vertretern (Bülow); Schlussphase und Abschluss von Verhandlungen (Selbherr); Ethische Dilemmata: Verhandlung als Frage der Moral (Schwarzmann); Vertragsmediation (Walz).

Die für eine Mediation wichtigen Bereiche werden ausführlich behandelt. Walz stellt im 3. Kapitel den Ablauf eines Mediationsverfahrens dar. Zu recht weist er darauf hin, dass es in der Mediation stets auf den Einzelfall ankommt und hinsichtlich der Frage, ob mit den Parteien getrennt verhandelt werden soll bzw. ob ein Mediator mit den Parteien getrennt verhandeln darf, falls dies vorteilhaft erscheint eine dogmatische Festlegung mehr schadet als nützt. Seine Ratschläge zu diesem Punkt (S. 24 ff.) erscheinen nicht unproblematisch. Insbesondere aus notarieller Sicht stellt sich die Frage, ob dadurch nicht die Entstehung von Misstrauen auch gegenüber dem Notar begünstigt wird. Mit dem dadurch für Notare entstehenden Dilemma befasst sich auch der Beitrag von Schwarzmann. Er setzt sich durchaus kritisch mit den Möglichkeiten der Mediation auseinander.

Das für Notare besonders interessante Kapitel über die Vertragsmediation wurde von Walz bearbeitet. Es zeigt sich dabei, dass mediative Elemente in der notariellen Vertragsgestaltung schon immer enthalten waren. Die Vertragsmediation, wie sie heute gesehen wird, weist unübersehbare Bezüge zu Vertragsgestaltungslehre von Langenfeld nach Fallgruppen und Vertragstypen auf.

Insgesamt ist das Buch sehr anschaulich geschrieben und enthält zahlreiche Anregungen für die notarielle Praxis, insbesondere auch für den Umgang mit „schwierigen Kunden“ und daher zur Lektüre uneingeschränkt zu empfehlen.

Justizrat Dr. Zimmermann, Notariat Karlsruhe

**Staub. Großkommentar zum HGB. 4.**, neubearbeitete Auflage. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling und Peter Ulmer. 21. Lieferung: §§ 358 – 365 HGB. Dezember 2003. Walter de Gruyter, Berlin, New York. 49,95 €.

Die 21. Lieferung des bewährten Kommentars befasst sich mit den allgemeinen Vorschriften zum Handelsgeschäft, explizit mit der Leistung, mit dem Schweigen des Kaufmanns auf Anträge, wobei in einem Anhang zu § 362 HGB das gesamte dogmatische Instrumentarium zum Schweigen im Rechts- und Handelsverkehr dargestellt wird. Ausführlich kommentiert ist auch die Übertragung kaufmännischer Orderpapiere und das Indossament in seiner verschiedenen Ausgestaltung. Auch diese Lieferung besticht durch Informationsdichte und prägnante Darstellung der Materie.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung für die Praxis der Gerichte, Notare, Anwälte und Immobilienwirtschaft.** Von Notar Bernd Steup. 2003, 242 Seiten. Verlag Erich Schmidt, Berlin, 39,80 €.

Das Buch gibt einen hervorragenden Einblick in die Materie des Grundbuchrangs und des Rechts der Vormerkung. Die Sichtweise des vertragsgestaltenden Juristen und die aktuellen Gestaltungsprobleme der Vertragspraxis werden durch viele praktische Beispiele und Hinweise veranschaulicht. Viele Streitfragen der komplexen Materie werden argumentativ aufgearbeitet. Neben kurzen Einführungen in die historischen, rechtsvergleichenden und sachlichen Grundzüge des Grundbuchverfahrensrechts und des Zwangsversteigerungsrechts wird auf alle die Praxis berührende Probleme und Streitfragen rund um den Rang und die Vormerkung eingegangen, oft wird die herrschende Meinung unterstützt, manchmal auch kritisch hinterfragt. So behandelt der Verfasser beispielsweise den gutgläubigen Erst- und Zweiterwerb einer Vormerkung (Rz. 389, dazu auch Mauch BWNotZ 1994, 139), die Novation des Anspruchs und die Wiederverwendung einer erloschenen Eigentumsvormerkung (Rz. 343) und spricht sich für eine klarstellende Eintragung bei der Vormerkung aus (Rz. 348). Der Autor hält entgegen BGH (DNotZ 2002, 775; Böhringer ZEV 2002, 33) eine Vormerkung zur Sicherung der gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers nach §§ 528, 530 BGB für nicht zulässig (Rz. 230). Bejaht wird dagegen die Sukzessivberechtigung bei einer Vormerkung (Rz. 256). Der Autor gibt dem altbewährten Rangrücktritt einer Vormerkung hinter ein Finanzierungsgrundpfandrecht den Vorzug gegenüber einem Wirksamkeitsvermerk (Rz. 320). Verneint wird die Frage, ob eine Löschungserleichterungsklausel nach § 23 GBO bei vererblichen Rückübertragungsansprüchen möglich ist (Rz. 294). Zum Meinungsstreit bei § 878 BGB zieht der Verfasser die Konsequenz, dass zur Sicherheit für den Rechtserwerber dieser auch den Eintragungsantrag stellen sollte, damit die Anwendung des § 878 BGB unzweifelhaft vom Grundbuchamt bejaht werden kann (Rz. 128, vgl. auch Böhringer BWNotZ 1979, 141). Bei der Problematik „Rangseinheit von Haupt- und Veränderungsspalte“ bekennt sich der Autor zur traditionellen Meinung und sieht keinen Grund, den von vielen Grundbuchämtern seit Jahrzehnten eingeschlagenen Weg zu verlassen (Rz. 99). Vorsichtige Zweifel werden angemeldet an der „Sozialhilfefestigkeit von Übergaben auf das Ableben des Übergebers und Absicherung des Über-

tragungsanspruchs bis dahin durch eine Eigentumsvormerkung (Rz. 432). Diese wahllos herausgegriffenen Themen sollen genügen um festzustellen, dass das Buch für alle praxisrelevanten Fragen praxistaugliche Lösungen anbietet. Das Werk ist ein wertvoller Ratgeber im Rechtsalltag. Es ist beeindruckend, wie die an sich trockene Materie in die spannende Realität des Lebens integriert wird.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Beck'sches Handbuch der AG. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang.** Herausgegeben von Dr. Welf Müller und Prof. Dr. Thomas Rödder. Verlag C. H. Beck, München, 2013 Seiten, 2004. 138,- €.

Die Aktiengesellschaft hat als Rechtsform in den letzten Jahren in der deutschen Wirtschaft zunehmend Bedeutung erlangt. Das Beck'sche Handbuch der AG bietet nun eine praxisorientierte, konzentrierte und integrierte Darstellung der gesellschafts- und steuerrechtlichen Fragestellungen der Aktiengesellschaft unter Einbeziehung der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Zusätzlich werden alle Fragen des Börsengangs und des Going Private behandelt. Der Notar nimmt das Buch mit großem Gewinn in die Hand. Alle notarrelevanten Problemkreise werden angesprochen und praxisnahe Lösungen angeboten. Der Notar findet ausführliche Erläuterungen zu den Vorgängen der Gründung, zu den verschiedenen Möglichkeiten der Umwandlung einer AG, zur Entstehung durch Umwandlung und zur Behandlung der Aktien. Die Hauptversammlung und die Mitwirkung der Notars ist ebenso umfassend dargestellt wie sämtliche anderen Tätigkeitsfelder eines Notars bei einer AG. Eine wahre Fundgrube sind die verschiedenen Maßnahmen zu Kapitalveränderungen, bei denen notarielle Beurkundung notwendig ist. Gesicherte Antworten gibt das Buch zu allen Fragen rund um die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder. Zu allen Vorgängen findet der Praktiker wertvolle Tipps und Hinweise zur entsprechenden Handelsregisteranmeldung. Im steuerrechtlichen Teil des Buches ist die laufende Besteuerung der AG und die Ergebnisverwendung behandelt. Auch der Unternehmenskauf findet Beachtung. Selbstverständlich sind die Probleme bei einer Krise der Gesellschaft, deren Auflösung und Abwicklung umfassend erläutert. Großen Platz nehmen die Ausführungen zur börsennotierten Aktiengesellschaft ein.

Beeindruckend ist bei allen Kapiteln die Informationsfülle, die leichte Lesbarkeit, die Übersichtlichkeit und die Praxisbezogenheit. Das Handbuch ist ein kompetenter und verlässlicher Ratgeber zu allem, was der Notar zum Recht der Aktiengesellschaft braucht – es ist für ihn ein unentbehrlicher Ratgeber.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Rohs/Wedewer. **Kostenordnung.** Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand: Dezember 2003. 210 Seiten, 69,90 €. 86. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/51. Ergänzungslieferung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2544 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bringt das Werk auf den aktuellen Stand. Da keine Gesetzesänderungen zu

kommentieren waren, wurde verstärkt die Rechtsprechung berücksichtigt. So wurde z.B. die Kommentierung zu den Vorschriften über die Kostenhaftung ergänzt, die Gebührenbefreiungsvorschrift des § 13 ausführlicher dargestellt, die grundbuchamtlichen Kosten bei Umwandlungsfällen vertieft, die Zweifelsfragen zur Löschung einer Gesamtgrundschuld am letzten Pfandobjekt behandelt. Bei den Notarkosten wird ein Überblick über das Zurückbehaltungsrecht des Notars an Ausfertigungen und Abschriften einer Urkunde gegeben, der „Dauerbrenner“ der kostenrechtlich unrichtigen Sachbehandlung noch umfassender erläutert, kostenrechtlichen Fragen bei Umwandlungsvorgängen nachgegangen und diskutiert, ob die Mitteilung von Vorsorgevollmachten an das Zentralregister der Bundesnotarkammer eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, was derzeit verneint wird. Wieder einmal wird der Leser mit der Ergänzungslieferung gut informiert, wird mit Trends und Tendenzen konfrontiert und erhält zuverlässige Antworten auf viele schwierige Kostenfragen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Schöner/Stöber. **Grundbuchrecht.** Bearbeitet von Dr. Hartmut Schöner, Kurt Stöber, Regierungsdirektor a. D., unter Mitarbeit von Prof. Ulrich Keller. Verlag C. H. Beck, München. 13., neubearbeitete Auflage. 2003. 1920 Seiten. 115 €.

Das bestens bewährte Handbuch bietet wieder eine umfassende aktuelle Darstellung des gesamten Grundstücks- und Grundbuchverfahrensrechts. Dieses hat in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung Bewegung erhalte und so für Auswirkungen gesorgt, die noch nicht alle abschließend geklärt sind. Zu nennen sind z.B. die „Jahrhundertentscheidung“ des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und zu Öffnungsklauseln für Mehrheitsvereinbarungen im Wohnungseigentumsrecht sowie zur Wiederverwendung unwirksamer Eigentumsvormerkungen und die „Überseering-Entscheidung“ des EuGH (DNotZ 2003, 139). Bei letzterer geht es um die Anwendung der Sitztheorie für Gesellschaften, die innerhalb oder außerhalb der Europäischen Union gegründet worden sind, was dann auch Ausstrahlung hat auf die Vertretungsbefugnis der für die Gesellschaft handelnden Personen (dazu Rn. 3636a). Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird trotz der Entscheidung des BGH (BGHZ 146, 341 = BWNNotZ 2001, 37 m. Anm. Böhringer) für nicht grundbuchfähig gehalten und kann als solche unter einem Namen in das Grundbuch als Berechtigte nicht eingetragen werden (Rz. 241a). Ausführlich behandeln die Autoren die Auswirkungen von Pseudo-Vereinbarungen und sogenannten Öffnungsklauseln der Wohnungseigentümer (BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854), wobei die Eintragung solcher (Mehrheits-)Vereinbarungen im Grundbuch für zulässig erachtet wird (Rz. 2887a). Die Verfasser bejahen zwar ebenso wie der BGH (BGHZ 143, 175 = BWNNotZ 2000, 64) die Möglichkeit, eine erloschene Eigentumsvormerkung durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und ohne inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwenden zu können, empfehlen aber einen Vermerk über die Ersetzung des Anspruchs in Analogie zu § 1180 I 2 BGB (Rz. 1488). Künftige, bedingte und befristete Ansprüche machen immer wieder Schwierigkeiten beim Grundbuchamt. So bejahen die Verfasser die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs auch für den Fall, dass eine Schenkung von Gesetzes wegen rückgängig

gemacht werden kann, z.B. wegen Verarmung oder grobem Undank, §§ 528 und 530 BGB (BGH DNotZ 2002, 793; BGH DNotZ 2002, 775; Böhringer ZEV 2002, 33; dazu Rz. 1489).

Wohnungseigentümer sind als Gläubiger einer Hypothek für Wohngeldrückstände einzeln namentlich mit ihrem Gemeinschaftsverhältnis einzutragen, die Wohnungseigentümer-Gemeinschaft als solche ist nicht eintragungsfähig. Der Verwalter ist einzutragen, wenn er in dem Vollstreckungstitel als Gläubiger ausgewiesen ist, eine Identität von Hypothekengläubiger und Forderungsinhaberschaft ist nicht erforderlich (BGHZ 148, 392 = Rpfleger 2002, 17, dazu Rz. 2182). Die Verfasser verlangen weiterhin bei einer Hypothek die Angabe eines Zins-Höchstbetrags, wenn als Bezugsgröße für die Forderungszinsen der jeweils geltende Basiszinssatz (§ 247 BGB) vereinbart oder gesetzlich festgelegt ist und lassen nur bei der Reallast für eine Geldleistung mit Anpassungsvereinbarung nach PaPkg/PrKV eine Ausnahme zu, obwohl in beiden Fällen gleichermaßen der Bestimmtheitsgrundsatz tangiert ist (streng OLG Schleswig DNotZ 2003, 354 = MittBayNot 2003, 295 m. abl. Anm. Wolfsteiner; Demharter EWIR 2003, 365; anders LG Kassel Rpfleger 2001, 176; LG Konstanz BWNNotZ 2002, 11; Volmer ZfIR 2001, 246; Böhringer Rpfleger 2003, 157, 163; dazu Rz. 1962, 1297a). Auch die Grundzüge der liegenschaftsrechtlichen Besonderheiten in den neuen Bundesländern werden präzise erörtert. So wird u.a. das Gebäudeeigentum nach Art. 233 §§ 4, 2b, 8 EGBGB (Rz. 699a), das Sonderrecht der Bodenordnung nach dem Bodensonderungsgesetz, das neue Verkehrsflächenbereinigungsgesetz (Rz. 4296a) und sogar die nur noch vereinzelt vorkommende Abgeltungshypothek (Rz. 2775) dargestellt.

Diese Details sollen genügen um nachzuweisen, dass das Handbuch voll auf der Höhe der Zeit ist, kompetent und praxisnah umfassende Erläuterungen gibt, klare Aussagen zu allen für Notar und Grundbuchamt wichtigen Rechtsfragen macht. Das Werk ist ein verlässlicher und praxisnaher Ratgeber. Es darf bei keinem Notar oder Grundbuchamt fehlen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Assenmacher/Mathias (vormals Göttlich/Mümmeler). **Kostenordnung.** Kommentar. Begründet von Walter Göttlich. Fortgesetzt von Alfred Mümmeler. 15. Auflage bearbeitet von Hans-Jörg Assenmacher, Notar in Koblenz und Dipl.-Rechtspfleger Wolfgang Mathias, Regierungsrat in Koblenz. Luchterhand-Verlag Neuwied. 1298 Seiten, 2003. 149,- €.

Die 15. Auflage führt die Praxis und Konzeption des vormaligen „Göttlich/Mümmeler“ fort. Dem begrifflich orientierten Kostenrechtler gewährt das Werk durch die lexikalische Form der Kommentierung einen schnellen Zugriff auf einen bestimmten Gebührentatbestand. Bemerkenswert ist, dass das Buch auch schon zum Entwurf des Handelsregistergebührenneuordnungsgesetz und der Handelsregistergebührenverordnung Stellung nimmt, insbesondere zur Frage der Rückforderung von Gebühren (S. 515), auch zu Auswirkung der Rechtsprechung des EuGH (DNotZ 1999, 937) zur Gesellschaftsteuerrichtlinie 69/335/EWG, auch zur Situation in Baden-Württemberg (S. 40). Der Notar kann Kosten für das Abrufen von Daten aus dem Grundbuch und den Registern (§ 133 GBO, § 85 GBV, § 1 GBAbfVf) seinem Kostenschuldner nicht in Rechnung stellen, jedoch können die Mehrkosten für die Nutzung der ISDN-Telefonleitungen,



über die der Abruf erfolgt, gem. § 152 Abs. 2 Nr. 2 KostO vom Kostenschuldner erhoben werden (S. 9). Auch die kostenrechtlichen Besonderheiten in der neuen Bundesländern wird Rechnung getragen (S. 722). Der Notar muss bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften den sicheren Weg wählen, der nicht unbedingt immer der kostengünstigste ist. Zu Recht lehnen die Verfasser die Ansicht ab, der Kaufvertrag und die Auflassung müssten zusammen beurkundet werden, alles andere sei eine unrichtige Behandlung i.S. von § 16 KostO (S. 735, 737). Die Erstellung des Satzungswortlauts nach § 54 GmbHG bei einer Satzungsänderung einer Kapitalgesellschaft wird zum Pflichtenkreis des Notars gerechnet und eine Gebühr nach § 147 KostO abgelehnt (S. 435), auch die in § 8 Abs. 3 GmbHG vorgeschriebene Belehrung des Geschäftsführers über seine unbeschränkte Auskunftspflicht ist gebührenfreies Nebengeschäft (S. 436). Bei Vorsorgevollmachten wird von den Kommentatoren differenziert danach, ob die Vollmacht nur auf den Fall der Bedürftigkeit beschränkt ist und damit ein Abschlag auf das Aktivvermögen zu berücksichtigen ist (S. 1078), OLG Stuttgart JurBüro 2000, 428. Die Erläuterungen gehen noch nicht auf die Frage ein, ob die Mitteilung von Vorsorgevollmachten an das Zentralregister der Bundesnotarkammer eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, was derzeit wohl zu verneinen ist. Klar spricht sich der Kommentar mit der überwiegenden Meinung dafür aus, dass bei einer Berichtigung des Grundbuchs auf Grund Erbfolge die Befreiungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO auch für alle zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Eintragungen wie z.B. Testamentsvollstreckungsvermerk und Nacherbenvermerk gilt (S. 250). Bei der Festlegung des Geschäftswerts für die Eintragung des Ersteher eines in der Zwangsversteigerung erworbenen Grundstücks bieten die Verfasser eine differenzierte Lösung für die Frage an, ob der nach § 74a ZVG festgesetzte Verkehrswert als Grundsatz oder das Meistgebot gilt (S. 364). Besonders ausführlich wird der Grundbesitzwert bei land- und forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben erläutert (S. 466). Auch auf die eingetragene Lebenspartnerschaft wird eingegangen (S. 234, 247). Der Geschäftswert eines Rechts zur Absicherung einer Windenergieanlage bemisst sich nach § 24 Abs. 1 lit. b KostO (OLG Oldenburg JurBüro 1998, 204). Werden Wirksamkeitsvermerke bei beiden Rechtspositionen gleichzeitig eingetragen, dann wird keine Gebühr erhoben, wird das dingliche Recht oder der Vermerk erst später eingetragen, dann Gebühr nach § 67 KostO (S. 1111).

Die wenigen Beispiele sollen als Hinweis genügen, dass der Kommentar auf viele Probleme eine praxisnahe Antwort gibt – er vermittelt jedem Orientierung und Sicherheit.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Dingliche Nutzungsrechte. Nießbrauch – Dienstbarkeiten – Wohnungsrechte.** Von Dr. Claus Ahrens, Privatdozent. Erich Schmidt Verlag, Berlin, Bielefeld, München. 2004, 256 S. 39,80 €.

Nutzungsrechte sind keineswegs antiquierte Erscheinungen aus rechtsarchaischer Vorzeit. Das vorliegende Werk widmet sich praxisnah den dinglichen Nutzungsrechten und deren wesentlichen Funktionen im tatsächlichen Rechtsleben. Bei der Vorstellung der einzelnen Rechte wird sehr gut aufgezeigt, zu welchen Zwecken sie eingesetzt werden können. Dem sachenrechtlichen numerus clausus zum Trotz werden der Praxis interessante Optionen geboten. Besonderes Augenmerk wird auf die Pflichten des Nutzungsberechtigten aus dem jeweiligen gesetzlichen Schuldverhältnis gelegt, insbesondere auf die Unterlassungspflichten z.B. bei Anlagen. Das Werk geht auf vieles (auch auf ausgefallene Rechtsfragen) ein, so z.B. auch auf die Löschung einer Dienstbarkeit durch behördliches Unschädlichkeitszeugnis nach dem jeweiligen Landesrecht. Auch der Einfluss des öffentlichen Rechts, insbesondere das Schicksal von Nutzungsrechten bei Bodenordnungsmaßnahmen wie Flurbereinigung oder Umliegung wird dem Leser vermittelt. Dass es auch im Immobilienrecht zu grenzüberschreitenden „originär sachenrechtlichen“ Verhältnissen kommen kann, erstaunt auf den ersten Blick, wird aber an Hand der Belastung eines inländischen Grundstücks zu Gunsten eines ausländischen Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit veranschaulicht. Abgelehnt wird der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf das Wohnungsrecht. Nur im Fall einer Ausübungsüberlassungsgestattung könne das Wohnungsrecht in die Insolvenzmasse fallen oder in das Wohnungsrecht vollstreckt werden; letztendlich kann das Wohnungsrecht dann aber nur genutzt, nicht jedoch vollständig liquidiert werden. Bei allen anderen Nutzungsrechten werden ebenfalls die Fragen der Zwangsvollstreckung und Insolvenz des Rechtsinhabers ganz im Sinne der Praxis entschieden. Eingegangen wird auch auf Altrechte, die Überleitung der Nutzungsrechte des DDR-ZGB in BGB-konforme Rechtslagen. So kann das gut gelungene Buch jedem empfohlen werden, der mit der Gestaltung und Abwicklung von Rechtsverhältnissen an Grundstücken zu tun hat. Der Praktiker wie auch der Theoretiker findet stets auf seine Fragen gute Problemlösungen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

#### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61–63, 71404 Korb (Tel. 07151-3 03-0, Fax 07151-3 59 68).