

letzte Aktualisierung: 3.8.2016

OLG München, Beschl. v. 11.7.2016 - 34 Wx 144/16

BGB §§ 133, 1093, 2002, 2197; GBO §§ 23, 29, 35, 39, 40
Grundbuchlicher Nachweis der Annahme des Testamentsvollstreckeramts; Rückstände bei einem Wohnungsrecht

1. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers kann dem Grundbuchamt durch Vorlage eines öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift zusammen mit der Erklärung der Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht nachgewiesen werden. Die bloße Erklärung in der dem Grundbuchamt vorgelegten Bewilligung, das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, genügt dafür nicht.
2. Zur Rückstandsfähigkeit eines dinglichen Wohnungsrechts (Anschluss an BayObLG vom 28.10.1979, 2 Z 68/78 = Rpfleger 1980, 20).

OLG München, Beschluss v. 11.07.2016 – 34 Wx 144/16**Titel:**

Ungerechtfertigtes Verlangen des Grundbuchamts auf Vorlage eines Erbscheins zur Eintragung eines Wohnungsrechts bei angeordneter Testamentsvollstreckung im Falle der Ausschlagung des Erbes durch sämtliche Erben

Normenketten:

BGB § 133, § 1093, § 2202 Abs. 1, Abs. 2, § 2197

GBO § 18 Abs. 1, § 23 Abs. 1, § 23 Abs. 2, § 29, § 35, § 39, § 40 Abs. 2, § 52

§ 133 BGB

§ 40 Abs. 2 GBO

§ 39 GBO

§ 23 Abs. 2 GBO

Leitsätze:

Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers kann dem Grundbuchamt durch Vorlage eines öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift zusammen mit der Erklärung der Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht nachgewiesen werden. Die bloße Erklärung in der dem Grundbuchamt vorgelegten Bewilligung, das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, genügt dafür nicht. (amtlicher Leitsatz)

Zur Rückstandsfähigkeit eines dinglichen Wohnungsrechts (Anschluss an BayObLG vom 28.10.1979, 2 Z 68/78 = Rpfleger 1980, 20). (amtlicher Leitsatz)

Bei der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung gem. § 133 BGB zu ermitteln, ob nach dem Willen des Erblassers die Testamentsvollstreckung im Falle der Erbschaftsausschlagung durch alle Erben enden soll (ebenso BGHZ 69, 235 = NJW 1977, 1726). (red. LS Andrea Laube)

Ein dingliches Wohnrecht gem. § 1093 Abs. 1, Abs. 2 GBO kann rückstandsfähig iSv § 23 Abs. 1 GBO sein, wenn das Wohnungsrecht dem Berechtigten nur an einem Teil der Räume zustehen soll und alle zum gemeinsamen Gebrauch bestimmter Anlagen und Einrichtungen hingegen mitbenutzt werden dürfen, da dadurch der Eigentümer zu weiterem Handeln verpflichtet ist; letzteres kann zB auch dann der Fall sein, wenn die Beheizbarkeit oder die gute Wohnbarkeit der Räume Inhalt des Wohnungsrechts ist. (red. LS Andrea Laube)

Schlagworte:

Testamentsvollstrecker, Grundbuchamt, Testament, Amtsannahme, Erbschein, Löschungserleichterungsvermerk, Auslegung, Wohnungsrecht, Voreintragung, Rückstand

Vorinstanz:

AG Fürstenfeldbruck Beschluss vom 03.03.2016GR-5889-21

Tenor

I.

Auf die Beschwerde der Beteiligten wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Fürstenfeldbruck - Grundbuchamt - vom 3. März 2016 aufgehoben, soweit

1. die Eintragung eines Wohnungsrechts von der Voreintragung und Zustimmung der Erben abhängig gemacht sowie
2. die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks für nicht eintragbar gehalten und daher die Abgabe einer Feststellung gefordert wird.

II.

Soweit zum Nachweis der Verfügungsbefugnis der Beteiligten ein Erbschein verlangt wird, wird die Zwischenverfügung dahingehend ergänzt, dass das Hindernis auch durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers behoben werden kann und Frist zur Beseitigung des Hindernisses bis 31. August 2016 (einschließlich) bestimmt wird.

III.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

IV.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird, soweit die Beschwerde sich als unbegründet erweist, auf 200 € festgesetzt.

Gründe

- 1 I. Im Grundbuch ist noch der am ...2015 verstorbene Dr. S. G. als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen.
- 2 Dieser hatte am 23.1.2015 ein notarielles Testament errichtet, in dem er drei seiner Kinder zu je 1/3 zu Erben einsetzte. Zudem vermachte er unter anderem „zulasten seines Nachlasses, gleichviel wer auch immer seine Erben, gleich aus welchen Erbberufungsgründen, werden, an seine Ehegattin“ (= die Beteiligte) das Wohnungsrecht an einem Teil des Wohnhauses auf seinem Grundbesitz (Ziff. III. 2. der letztwilligen Verfügung). Weiter ist bestimmt:
- 3 Das Wohnungsrecht ist auf Lebensdauer der Berechtigten vermacht, nicht erlöschend bei einer evtl. Wiederheirat, bestehend in dem Recht der ausschließlichen Bewohnung und Benutzung der sämtlichen Räume im 1. Obergeschoss des ... Hauses und in dem Recht auf Mitbenutzung der dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner dienenden Anlagen und Einrichtungen einschließlich des Gartens.
- 4 Die Wohnungsrechtsräume sind der Berechtigten in stets gut beheizbaren und bewohnbaren Zustand zur Verfügung zu stellen. Für die Versorgung der Wohnungsrechtsräume mit Strom, Gas, Wasser und Heizung sowie die Kosten von Abwasser, Kaminkehrer und Müllabfuhr hat die Berechtigte aufzukommen. Die Kosten der Schönheitsreparaturen hat die Berechtigte zu tragen.
- ...
- 5 Das Wohnungsrecht ist durch Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit Löschungserleichterung am obengenannten Grundbesitz im Grundbuch zu sichern.
- 6 Weiter vermacht ...
- 7 Die Vermächtnisse fallen beim Ableben des Anwesenden an und sind dann innerhalb von sechs Monaten auf Kosten des Nachlasses zu erfüllen.
- 8 Des Weiteren ordnete der Erblasser für seinen Nachlass Testamentsvollstreckung an und bestimmte die Beteiligte zur Testamentsvollstreckerin unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (Ziff. III. 3.). Diese solle alle Rechte und Pflichten eines Abwicklungsvollstreckers haben, insbesondere dafür sorgen, dass der Nachlass an die Erben herausgegeben wird und die zu „seinen“ Gunsten ausgesetzten Vermächtnisse erfüllt werden.
- 9 Das notarielle Testament wurde am 6.5.2015 eröffnet. Die Beteiligte hat privatschriftlich am 2.6.2015 die Annahme des Testamentsvollstreckeramts gegenüber dem Nachlassgericht erklärt. Ein Antrag auf Erteilung eines Zeugnisses wurde nicht gestellt.
- 10 Zu notarieller Urkunde vom 23.6.2015 erklärte die Beteiligte, das Amt der Testamentsvollstreckerin gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, und räumte sich in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes unter Berufung auf das notarielle Testament und in dessen Ausgestaltung das vermachte Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht ein. Zugleich wurde das Recht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstück bestellt, dessen

Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt mit dem Zusatz, dass zur Löschung der Nachweis des Ablebens der Berechtigten genügt. Die Eintragung soll, soweit gemäß § 40 Abs. 2 GBO möglich, vor Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge stattfinden. Zudem bewilligte die Beteiligte die Löschung des zur Eintragung gelangenden Testamentsvollstreckervermerks Zug um Zug mit Eintragung des Wohnungsrechts im Grundbuch und erklärte, auf dessen Eintragung zu verzichten, falls das Wohnungsrecht vor Grundbuchberichtigung eingetragen werden sollte.

- 11 Auf den Vollzugesantrag vom 30.6.2015 hat das Grundbuchamt mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 3.3.2016 auf folgende Hindernisse hingewiesen: Die Erbenermittlung sei noch nicht vollständig abgeschlossen; es hätten „scheinbar sämtliche (in dem Testament vom 23.1.2015) eingesetzten Erben“ die Erbschaft ausgeschlagen. Somit würde gesetzliche Erbfolge eintreten und daher die Anordnung der Testamentsvollstreckung entfallen. Der Testamentsvollstrecker hätte als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die „falschen“ Erben gehandelt, die gesetzlichen Erben müssten dann den Vertrag nachgenehmigen. Der Nachweis der Erbfolge werde entgegen § 35 GBO nur aufgrund Vorlage eines Erbscheins in Ausfertigung akzeptiert.
- 12 Die Eintragung des Wohnungsrechts sei ohne Voreintragung der Erben bzw. des Testamentsvollstreckervermerks nicht zulässig, § 40 GBO als Ausnahmetatbestand zu § 39 GBO nicht einschlägig. Des Weiteren sei das Wohnungsrecht nicht rückstandsfähig, der Löschungserleichterungsvermerk daher nicht eintragbar. Dieser Mangel könne durch Feststellung behoben werden. Zudem sei der Antrag auf Löschung des nicht einzutragenden Testamentsvollstreckervermerks unklar.
- 13 Mit der namens der Beteiligten eingelegten notariellen Beschwerde vom 29.3.2016 wird der Antrag auf Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zurückgenommen und das Ziel der Eintragung im Übrigen weiter verfolgt. Das Amtsgericht - Grundbuchamt - hat nicht abgeholfen.
- 14 Das Beschwerdegericht hat die Nachlassakten beigezogen.
- 15 II. Gegen die als Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ergangene Entscheidung des Grundbuchamts ist die - unbeschränkte - Beschwerde statthaft (Demharter GBO 30. Aufl. § 71 Rn. 1). Diese ist auch im Übrigen zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) und überwiegend begründet. Denn die Zwischenverfügung entspricht nicht durchwegs den gesetzlichen Anforderungen, im Übrigen können weder die Vorlage eines Erbscheins noch die Voreintragung der Erben unter Miteintragung eines Testamentsvollstreckervermerks verlangt werden. Vollzugsreif ist der Antrag indessen deshalb nicht, weil noch der Nachweis fehlt, dass die Beteiligte das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat.
- 16 1. Zu Unrecht verlangt das Grundbuchamt wegen Ausschlagung des Erbes durch die testamentarisch berufenen Erben die Vorlage eines Erbscheins für die Eintragung des Wohnungsrechts. Als Testamentsvollstreckerin ist die Beteiligte vorbehaltlich eines formgerechten Nachweises, dass sie das Amt angenommen hat (Demharter § 35 Rn. 63 f.; Hügel/Wilsch GBO 3. Aufl. § 35 Rn. 142 f.), zur Abgabe der Bewilligungserklärung befugt (§ 19 GBO).
- 17 a) Nach § 2197 BGB kann der Erblasser durch Testament einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dieser hat die Stellung eines Treuhänders und ist weder Vertreter noch Beauftragter des Erblassers oder des Nachlasses und auch nicht eigentlicher Vertreter der Erben (Palandt/Weidlich BGB 75. Aufl. Einf v § 2197 Rn. 2). Er übt daher das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht gemäß dem letzten Willen des Erblassers und dem Gesetz selbstständig aus. Die Einsetzung als Testamentsvollstrecker ist jederzeit widerruflich, endet aber nicht ohne weiteres, wenn alle Erben die Erbschaft ausschlagen. Vielmehr ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung (§ 133 BGB) zu ermitteln, ob die Testamentsvollstreckung im Falle der Erbschaftsausschlagung nach dem Willen des Erblassers enden sollte (BGHZ 69, 235/238).
- 18 aa) Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ist grundsätzlich durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis nachzuweisen, allerdings nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO auch durch notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift. Der Vorlage eines Erbscheins bedarf es grundsätzlich nicht (Demharter § 35 Rn. 57). Den Umfang der Verfügungsbefugnis hat das Grundbuchamt - bzw. im zweiten Rechtszug das Beschwerdegericht - in diesem Fall selbst anhand des öffentlichen

Testaments zu prüfen, es sei denn, die Klärung der Frage erfordert weitere tatsächliche Ermittlungen über den Willen des Erblassers (BayObLG Rpfleger 2000, 266). Es steht auch bei schwieriger Rechtslage nicht im Belieben des Grundbuchamts, anstelle der öffentlichen Urkunde einen Erbschein zu verlangen (Senat vom 22.3.2016, 34 Wx 393/15, juris; BayObLG Rpfleger 2000, 266; OLG Köln Rpfleger 2000, 157).

- 19** bb) Zusätzlich zur Vorlage des öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift ist noch die Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker nachzuweisen, da erst mit der Annahme das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt (§ 2202 Abs. 1 und 2 BGB) und er damit bewilligungsbefugt wird. Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme oder durch eine Niederschrift über die Annahmeerklärung erbracht werden (Demharter § 35 Rn. 63). Die Verweisung auf die Nachlassakten genügt jedoch nicht, wenn diese - wie hier - nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers enthalten (KG OLGE 40, 49; Hügel/Wilsch § 35 Rn. 143; Demharter § 35 Rn. 63).
- 20** b) Die Auslegung der letztwilligen Verfügung (§ 133 BGB) ergibt zweifelsfrei, dass die Testamentsvollstreckung auch für den Fall der Ausschlagung des Erbes durch die testamentarischen Erben angeordnet ist. Das Testament enthält nämlich die Anordnung der Testamentsvollstreckung gerade auch zur Erfüllung von Vermächtnissen, die „zulasten des Nachlasses, gleichviel wer auch immer seine (= des Verfügenden) Erben, gleich aus welchen Erbberufungsgründen, werden“ ausgesetzt sind. Nach der letztwilligen Verfügung sind selbst dann, wenn alle eingesetzten Erben ausschlagen sollten, die Vermächtnisse zu erfüllen. Es ergibt sich ein offensichtliches Interesse, die Beteiligte von den Erben unabhängig zu machen, sie durch die ausgesetzten Vermächtnisse und die in ihren Händen als Testamentsvollstreckerin liegende Verfügungsmacht abzusichern.
- 21** c) Die Bewilligungsbefugnis der Beteiligten als Testamentsvollstreckerin ist durch das vorgelegte notarielle Testament (§ 2232 BGB) in Verbindung mit der Niederschrift über dessen Eröffnung (§ 348 FamFG) noch nicht hinreichend nachgewiesen; die Erklärung zur Annahme des Amtes (§ 2202 Abs. 1 BGB) in der dem Grundbuchamt vorgelegten Bewilligung ist nicht ausreichend. Die Annahme ist nämlich gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären (§ 2202 Abs. 2 BGB). Der Nachweis kann aber - außer durch einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollsteckerzeugnis - auch durch ein entsprechendes Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes der Testamentsvollstreckerin behoben werden (Demharter § 35 Rn. 63 m. w. N.). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme auch gegenüber dem Grundbuchamt in notarieller Form erklärt werden kann, weil Grundbuchamt und Nachlassgericht lediglich verschiedene Abteilungen des Amtsgerichts sind (so Hügel/Wilsch § 35 Rn. 142), da die Urkunde vom 23.6.2015 nur auf eine privatschriftliche Annahmeerklärung Bezug nimmt, eine ausdrückliche Annahme selbst jedoch nicht enthält.
- 22** d) Da der formgerechte Nachweis der Amtsannahme nicht der Beseitigung eines weiteren Hindernisses dient, sondern lediglich ein weiteres Mittel darstellt, die als fehlend gerügte Bewilligungsbefugnis zu belegen, kann das Beschwerdegericht diese Möglichkeit der Beseitigung ergänzend aufzeigen (BayObLG 2000, 167; Hügel/Kramer § 77 Rn. 41.1).
- 23** 2. Auch eine Voreintragung der Erben (§ 39 GBO) zur Eintragung des Wohnungsrechts ist nicht erforderlich. Sofern die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch Nachweis der Amtsannahme feststeht, bedarf es zur Eintragung der Zustimmung der Erben nicht.
- 24** Gemäß § 40 Abs. 2 GBO ist die Voreintragung der Erben nicht notwendig, wenn eine Bewilligung des Testamentsvollstreckers vorliegt (vgl. Hügel/Zeiser § 40 Rn. 29). Zwar muss die Erklärung des Testamentsvollstreckers den Erben gegenüber wirksam sein. Die Wirksamkeit ergibt sich jedoch schon aus der Bewilligung des Testamentsvollstreckers im Rahmen seiner Verfügungsbefugnis. Denn wie oben dargelegt handelt der Testamentsvollstrecker nicht namens der Erben, sondern übt das Amt - bei wirksamer Bestellung - zu eigenem Recht in fremdem Interesse aus (Demharter § 35 Rn. 55).
- 25** 3. Aufzuheben ist die Zwischenverfügung auch insoweit, als die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks verneint und daher eine Feststellung, dass die Eintragung ohne einen solchen erfolgen soll, verlangt wird.
- 26** a) Nach § 23 Abs. 2 GBO bedarf es der in Abs. 1 vorgesehenen Bewilligung des Rechtsnachfolgers nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes des

Berechtigten genügen soll. Die Löschungserleichterung des § 23 Abs. 2 GBO setzt voraus, dass es sich um ein in Abs. 1 beschriebenes Recht handelt, somit eines, das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist und zudem Rückstände von Leistungen möglich sind. Nur unter diesen beiden Voraussetzungen kann die Löschungsklausel in das Grundbuch eingetragen werden (vgl. OLG Köln Rpfleger 1985, 290; KEHE/Schrandt GBO 7. Aufl. § 23 Rn. 48 f.). Der Begriff des Rückstandes im Sinne der §§ 23, 24 GBO wird durch den Sicherungsbereich des eingetragenen Rechts begrenzt. Dementsprechend sind nach allgemeiner Ansicht Rückstände aus rein schuldrechtlichen Ansprüchen, die an der Verdinglichungswirkung der Grundbucheintragung nicht teilhaben, keine Rückstände im Sinne der §§ 23, 24 GBO (vgl. Kohler in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. §§ 23, 24 Rn. 31).

- 27** b) Rückstände bei einem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1, Abs. 3 BGB) sind dann möglich, wenn nach den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten als Nebenleistungspflicht des Eigentümers eine schuldrechtliche Pflicht zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts gemacht wird. Neben den rein dinglichen, im Sachenrecht begründeten Ansprüchen fallen nämlich auch verdinglichte schuldrechtliche Ansprüche unter § 23 GBO (vgl. Kohler in Bauer/von Oefele §§ 23, 24 Rn. 31). Solche Ansprüche sind denkbar, wenn das Wohnungsrecht dem Berechtigten nur an einem Teil der Räume zustehen soll und alle zum gemeinsamen Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen hingegen mitbenutzt werden dürfen. Grundsätzlich ist der Eigentümer eines mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks nicht zu aktivem Handeln verpflichtet, soweit nicht besondere Unterhaltungspflichten vereinbart sind (Palandt/Bassenge § 1093 Rn. 10 f.). Wenn und soweit der Berechtigte jedoch Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen darf, die seiner tatsächlichen und rechtlichen Einwirkung entzogen sind, ist der Eigentümer zu weiterem Handeln verpflichtet. Dies kommt bei einem Wohnungsrecht, das nur einen Teil des Anwesens umfasst, beispielsweise in Betracht, wenn die Beheizbarkeit der Räume vereinbart ist (OLG München NJW-RR 2010, 672/673). Dort, wo der Wohnungsrechtsinhaber kein ausschließliches Benutzungsrecht hat, ist er darauf angewiesen, dass der Eigentümer tätig wird, und er kann dies auch verlangen, um Beeinträchtigungen und Einschränkungen seines dinglichen Wohnungsrechts zu vermeiden (vgl. BGHZ 52, 234; BayObLG Rpfleger 1980, 20). Entsprechendes gilt dann, wenn Inhalt des Wohnungsrechts die gute Bewohnbarkeit der Räume ist (OLG Düsseldorf Rpfleger 1995, 248; OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 146). An der dinglichen Natur dieses Anspruchs ändert sich auch nichts, wenn er sich wegen einer Leistungsstörung nach den allgemeinen Vorschriften in einen Zahlungsanspruch umwandelt. Hiervon geht die in § 1021 Abs. 2 BGB vorgesehene Haftung des belasteten Grundstücks für die Unterhaltungspflicht gerade aus (vgl. BayObLGZ 1979, 372/375).
- 28** c) Vorliegend sind entsprechende Rückstände bei dem bewilligten Wohnungsrecht nicht ausgeschlossen, weshalb die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks auf Bewilligung im Antragsverfahren zu erfolgen hat. Die Beteiligte soll nämlich nur einen Teil des Grundbesitzes im 1. Obergeschoss alleine nutzen dürfen, während sie die übrigen Anlagen und Einrichtungen, so etwa die Heizungsanlage, nur mitbenutzen darf, so dass schon daraus für den Eigentümer Tätigkeitspflichten entstehen. Zudem ergeben sich weitere Handlungspflichten daraus, dass die Räume in einem „stets gut beheizbaren und bewohnbaren Zustand“ zu überlassen sind.
- 29** 4. Für das weitere Verfahren ist - insofern nicht bindend - festzuhalten, dass die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks (§ 52 GBO) von Amts wegen (gleichzeitig) mit Eintragung der Erben (Demharter § 52 Rn. 13 und 15) in Frage kommt, wenn die Amtsannahme nachgewiesen ist. Eine solche Eintragung würde nur ausscheiden, wenn entweder das Grundstück von der Testamentsvollstreckerin freigegeben oder mit Eintragung die Testamentsvollstreckung beendet wäre.
- 30** a) Gibt der Testamentsvollstrecker nach Amtsantritt ein Nachlassgrundstück gemäß § 2217 Abs. 1 Satz 1 BGB aus seiner Verwaltung frei, so verliert er sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich dieses Nachlassgegenstands (Palandt/Weidlich § 2217 Rn. 6). Ist dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) nachgewiesen und daher positiv bekannt, dass ein Nachlassgrundstück aufgrund Freigabe nicht (mehr) der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, ist ein bereits gemäß § 52 GBO eingetragener Testamentsvollstreckervermerk im Weg der Grundbuchberichtigung, § 22 GBO, zu löschen (Schaub in Bauer/von Oefele § 52 Rn. 33; Weidlich MittBayNot 2006, 390). War der Vermerk bis zur Freigabe im Grundbuch nicht eingetragen, hat die

Eintragung nach dem Legalitätsprinzip (Demharter Einl. Rn. 1) zu unterbleiben (Senat vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15 = FGPrax 2016, 66/67).

- 31** Die Freigabeerklärung als einseitiges abstrakt dingliches Rechtsgeschäft kommt durch empfangsbedürftige Willenserklärung des Testamentsvollstreckers zustande (Senat vom 27.5.2011, 34 Wx 93/11 = FGPrax 2011, 228 f.; OLG Frankfurt MittBayNot 2007, 511/512; Palandt/Weidlich § 2217 Rn. 5). Es erscheint jedoch fraglich, ob die zu notarieller Urkunde abgegebene Erklärung der Testamentsvollstreckerin, die Löschung des Vermerks zu bewilligen oder auf dessen Eintragung zu verzichten, als Freigabeerklärung verstanden werden kann, da von der Testamentsvollstreckerin nur die Eintragung eines Rechts am Grundstück bewilligt wird, dieses jedoch nicht aus dem Nachlass ausgeschieden ist.
- 32** b) Auch eine Beendigung des Amtes als Testamentsvollstreckerin ergibt sich nicht aus der Erklärung in der notariellen Urkunde. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung - was auch die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wegen Unrichtigkeit zur Folge hat - ist dem Grundbuchamt gegenüber regelmäßig in der Form des § 29 GBO zu erbringen. Es genügt nicht etwa, dass der Testamentsvollstrecker allein oder gemeinsam mit dem Erben die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bewilligt (Senat vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14 = NJW 2015, 2271; Meikel/Böhringer § 52 Rn. 74; Demharter § 52 Rn. 27; DNotI-Report 2001, 21/22). Amtserledigung tritt darüber hinaus durch Aufgabenerledigung ein (vgl. Meikel/Böhringer § 52 Rn. 81 unter gg; DNotI-Report a. a. O.). Nachgewiesen wird das Erlöschen der Testamentsvollstreckung als Ganzes gegenüber dem Grundbuchamt üblicherweise durch einen neuen Erbschein (OLG Hamm OLGZ 1983, 59; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 3473; Weidlich MittBayNot 2006, 390/391) oder aber es ist offenkundig (vgl. DNotI-Report 2001, 21/22 f.). Ein Erbschein liegt nicht vor; auch für eine Offenkundigkeit sind derzeit keine Anhaltspunkte ersichtlich, zumal es noch nicht zur Herausgabe des Nachlasses an die Erben gekommen sein kann.
- 33** III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.
- 34** Die Festsetzung des Geschäftswerts des Beschwerdeverfahrens und dessen Bemessung erfolgen nach billigem Ermessen gemäß dem geschätzten Aufwand für die Beseitigung des Hindernisses, § 36 Abs. 1 GNotKG.
- 35** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.