

**Dokumentnummer:** 34wx45\_10  
**letzte Aktualisierung:** 21.07.2010

**OLG München, 20.05.2010 - 34 Wx 45/10**

FGG-RG Art. 111; GBO §§ 53 Abs. 1 S. 1, 71 Abs. 2 S. 2

## **Kein Rechtsschutzbedürfnis des zu Unrecht eingetragenen Eigentümers zur Erwirkung eines Amtswiderspruchs**

1. Zur Anwendung des Übergangsrechts, wenn die nach dem 31.8.2009 eingelegte Grundbuchbeschwerde eine vor dem 1.9.2009 erfolgte Eintragung betrifft.
2. Wer zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, ist dadurch zwar in einem Recht beeinträchtigt. Einer Beschwerde gegen die Eintragung mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs fehlt aber das Rechtsschutzbedürfnis.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Beteiligten sind Miterbinnen zu 2/3 (Beteiligte zu 1) bzw. 1/3 (Beteiligte zu 2) des 2006 verstorbenen Erblassers A., der beschränkt auf den Erbanteil der Beteiligten zu 1 Testamentsvollstreckung angeordnet hat. Die Beteiligte zu 2 ist zur Testamentsvollstreckerin berufen. Dabei ist Dauervollstreckung bis zur Vollendung des 50. Lebensjahres der Beteiligten zu 1 angeordnet. Die Beteiligte zu 2 ist gemäß Anordnung des Erblassers von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Mit notarieller Urkunde vom 2.3.2007 setzten sich die Miterbinnen in Erfüllung einer vom Erblasser getroffenen Teilungsanordnung dahin auseinander, dass die Beteiligte zu 1 eine Eigentumswohnung in U. und die Beteiligte zu 2 das verfahrensgegenständliche Wohnungseigentum in B. erhielt. Die Beteiligte zu 2 wurde am 14.8.2007 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Am 13.8.2008 veräußerte die Beteiligte zu 2 diesen Grundbesitz an die Beteiligte zu 1 „als Erbin des Herrn A.“. Die Beteiligte zu 2 handelte hierbei im eigenen Namen und als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des Herrn A. Die Beteiligte zu 1 wurde am 4.5.2009 im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen mit dem Vermerk, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei.

Am 1.3.2010 ging beim Grundbuchamt eine Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen ihre Eintragung als Eigentümerin ein. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 30.3.2010 die Beschwerde zurückgewiesen, da die bisherige Eigentümerin als Testamentsvollstreckerin gemäß § 2205 Satz 2 BGB berechtigt sei, über den Nachlass zu verfügen und die Erbin auch hierbei rechtsgeschäftlich zu vertreten. Zugleich hat das Grundbuchamt die Akten dem Beschwerdegericht (Oberlandesgericht) zur Entscheidung vorgelegt.

### **II.**

Das Oberlandesgericht ist als Beschwerdegericht zur Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel zuständig (§ 72 GBO i. d. F. von Art. 36 Nr. 6 FGG-RG vom 17.12.2008 BGBl. I S. 2586).

Anzuwenden ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG das seit 1.9.2009 geltende Verfahrensrecht: Zwar richtet sich die Beschwerde gegen die Eintragung der Beteiligten zu 1. als Eigentümerin. Die Eintragung fand bereits am 4.5.2009 statt. Gegen eine Eintragung ist aber gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO die Beschwerde grundsätzlich unzulässig. Im Wege der Beschwerde kann lediglich verlangt werden, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO). Die Beschwerde steht somit der Anregung gleich, einen Amtswiderspruch gemäß § 53 GBO einzutragen. Gegen dessen Ablehnung ist nach wohl herrschender Meinung (vgl. Demharter GBO 27. Aufl. § 53 Rn. 32 und § 71 Rn. 26 m. w. N.; im Ergebnis ebenso BayObLG vom 8.10.1974, Z 52/74 = Rpfleger 1975, 48) die Beschwerde gegeben. Erfolgte eine derartige Anregung nach dem 1.9.2009, wäre das neue Verfahrensrecht anzuwenden, da mit der beanstandeten Eintragung das ursprüngliche Verfahren abgeschlossen ist. § 53 Abs. 1 GBO eröffnet ein Amtsverfahren, das zwar unmittelbar zu einer sachlichen Überprüfung der vorgenommenen Eintragung führt, dabei jedoch sowohl hinsichtlich des sachlichen Prüfungsumfanges als auch hinsichtlich des anzuwendenden Amtsermittlungsgrundsatzes eigenständigen Regeln folgt. Für die

Anwendung des Art. 111 Abs. 1 FGG-RG ist daher der Zeitpunkt maßgeblich, in dem dieses Amtsverfahren vor dem Grundbuchamt eingeleitet worden ist (vgl. OLG Hamm Rpfleger 2010, 67). Entsprechend wird auch mit der Einlegung der Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO ein neues selbständiges Verfahren eingeleitet. Es würde zu nicht nachvollziehbaren Wertungswidersprüchen führen, wenn abhängig davon, ob zunächst eine Anregung gemäß § 53 GBO an das Grundbuchamt gerichtet wird oder gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO eine Beschwerde eingelegt wird, unterschiedliches Verfahrensrecht gelten würde (vgl. Demharter Rpfleger 2010, 68).

### III.

Die Beschwerde richtet sich gegen eine Eintragung. Sie wäre daher – wie bereits ausgeführt – nur zulässig mit dem Ziel, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, gemäß § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO). Grundsätzlich ist derjenige, der zu Unrecht als Eigentümer eingetragen wurde, durch die Eintragung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch in einem Recht beeinträchtigt (vgl. BayObLG MittBayNot 1998, 339; Demharter § 71 Rn. 59; Budde in Bauer/von Oefele GBO 2. Aufl. § 71 Rn. 63; a.A. OLG München - 2. Zivilsenat - ZfIR 2007, 323 mit ablehnender Anmerkung Dümig). Hierfür spricht bereits die Wertung des § 22 Abs. 2 GBO (Dümig a. O.).

Als Berechtigte des Widerspruchs käme nur die Beteiligte zu 2, nicht jedoch die Beteiligte zu 1 als Beschwerdeführerin, in Betracht. Berechtigt ist derjenige, dem der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB zusteht. Steht er mehreren zu, so sind sie sämtlich als Berechtigte einzutragen (vgl. Demharter § 53 Rn. 33). Der Beteiligten zu 1 steht aber ein solcher Anspruch nicht zu. § 894 BGB hat nicht die Konstellation im Auge, dass der Anspruchsteller geltend macht, ihm stehe das eingetragene Recht nicht zu, sondern regelt den Sachverhalt, dass ein dem Anspruchsteller zustehendes Recht im Grundbuch nicht oder nicht richtig eingetragen ist (vgl. BGH NJW 2005, 2983). Nach dem Zweck des Amtswiderspruchs ist ein solcher für die Beteiligte zu 1 auch nicht erforderlich. Der Amtswiderspruch soll (vgl. Demharter § 53 Rn. 19) die sich aus einem Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb aufgrund eines unrichtigen Grundbuchs möglicherweise ergebenden Schadensersatzansprüche gegen den Fiskus abwenden. Ein Amtswiderspruch kommt daher nur gegen Eintragungen in Betracht, an die sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann und aus denen sich wegen einer Gesetzesverletzung durch das Grundbuchamt bei Vornahme der Eintragung Schadensersatzansprüche gegen den Fiskus ergeben können. Da die Beteiligte zu 1 aber vorbringt, gerade nicht Eigentümerin zu sein, kommen bei ihr weder ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb noch sich daraus ergebende Schadensersatzansprüche in Betracht.

Entsprechend steht auch im Beschwerdeverfahren das Interesse von Beteiligten im Vordergrund, einen Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb aufgrund des unrichtigen Grundbuchs zu verhindern (vgl. Demharter § 53 Rn. 23). Damit fehlt der Beschwerde der Beteiligten zu 1 das Rechtsschutzbedürfnis (offen gelassen in Bay-ObLG MittBayNot 1998, 339), da sich ihre rechtliche Situation durch die Eintragung eines Amtswiderspruchs nicht ändern würde.

Auch eine Auslegung der Beschwerde als Berichtigungsantrag gemäß § 22 GBO würde zu keinem anderen Ergebnis führen. Eine Berichtigung – durch Wiedereintragung der Beteiligten zu 2 - ist nämlich dann nicht möglich, wenn das Grundbuchamt bei der Eintragung die ihm bekannte Rechtslage falsch beurteilt hat (vgl. Demharter § 22 Rn. 6 mit Nachweisen). Auf neue, dem Grundbuchamt bis dahin unbekannt Umstände ist die Beschwerde aber nicht gestützt.

Die Beteiligte zu 1 kann die Beseitigung der Eintragung als Eigentümerin lediglich auf dem Klageweg (Feststellung der Eigentümerstellung des wirklich Berechtigten, vgl. BGH NJW 2005, 2983; Staudinger/Gursky BGB Neubearb. 2008 § 894 Rn. 67) erreichen. Mit einem rechtskräftigen Urteil kann sie sodann über § 22 GBO die Berichtigung herbeiführen.

#### IV.

1. Der Senat sieht Anlass, das Grundbuchamt auf Folgendes hinzuweisen: In der Sache ist der Beteiligten zu 1 Recht zu geben, da sie als Eigentümerin eingetragen wurde, obwohl eine wirksame Auflassung nicht erfolgt ist und ein Eigentumserwerb deshalb nicht stattgefunden hat. Das Grundbuchamt ist von einer gesetzlichen Vertretungsmacht der Beteiligten zu 2 für die Beteiligte zu 1 ausgegangen. Es hat zwar zutreffend die Vertretungsmacht im Rahmen des § 20 GBO geprüft, diese jedoch zu Unrecht bejaht und deshalb eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO). Die Beteiligte zu 2 ist Testamentsvollstreckerin, wobei die Testamentsvollstreckung auf den Erbteil der Beteiligten zu 1 beschränkt ist. Die Verwaltungskompetenz des Testamentsvollstreckers bezieht sich auch bei der Erbteilstreckung auf den Gesamtnachlass, ist allerdings durch die sich ebenfalls auf den gesamten Nachlass beziehenden Mitverwaltungsrechte der testamentsvollstreckungsfreien Miterben beschränkt (vgl. Staudinger/Reimann BGB Neubearb. 2003 § 2205 Rn. 37). Da die Beteiligte zu 2 die einzige weitere Erbin ist, kann sie alle Rechte ausüben, die ihr und der Beteiligten zu 1 zustehen. Sie kann daher grundsätzlich Gegenstände für den Nachlass erwerben, und zwar auch, da sie von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, von sich selbst. Der Testamentsvollstrecker ist insoweit nicht eigentlich Vertreter des Erben, seine Stellung ist aber der eines gesetzlichen Vertreters in gewissen Beziehungen angenähert (vgl. Palandt/Edenhofer BGB 69. Aufl. Einf v § 2197 Rn. 2). Nach dem eindeutigen Wortlaut der Auflassungserklärung hat jedoch die Beteiligte zu 2 das Wohnungseigentum nicht für den Nachlass erworben, sondern für die Beteiligte zu 1 „als Erbin“, denn eine Zuordnung einzelner Gegenstände zu einem Erbteil ist nicht möglich. Daran ändert sich nicht deshalb etwas, weil für die Beteiligte zu 1 das Wohnungseigentum mit Mitteln des Nachlasses erworben wurde. Ebenso ändert sich nichts daran durch den Testamentsvollstreckervermerk. Dabei kann offen bleiben, ob Testamentsvollstreckung an bereits auseinandergesetzten Gegenständen fortbesteht (vgl. § 2217 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder an solchen Gegenständen fortbestehen kann, die mit Mitteln des Nachlasses erworben und an die durch Testamentsvollstreckung beschränkte Miterbin übertragen werden. Sie fallen in jedem Fall nicht mehr in den gemeinsamen Nachlass.

2. Das Grundbuchamt führt zu Recht aus, dass die Testamentsvollstreckerin über den Nachlass verfügen und die Miterbin hierbei auch rechtsgeschäftlich vertreten kann. Eine Verfügung über den Nachlass liegt aber nur in der Verwendung von Nachlassmitteln zur Bezahlung des Wohnungseigentums. Eine Vertretungsbefugnis der Beteiligten zu 1 bei

der Entgegennahme der Auflassung hingegen hat die Testamentsvollstreckerin nicht (vgl. z. B. für die in § 2204 BGB geregelte Form der Auseinandersetzung Palandt/Edenhofer § 2204 Rn. 4). Der Testamentsvollstrecker kann zwar über den Nachlass verfügen. Die Annahme der Auflassungserklärung stellt aber, wie ausgeführt, keine Verfügung über den Nachlass dar. Mit der Übereignung an die Beteiligte zu 1 – und nicht an die Miterbengemeinschaft – fällt der Vermögensgegenstand aus dem Nachlass heraus bzw. gelangt - wie hier - gar nicht in diesen.

Mangels Vollmacht auf der Ersterseite war die Auflassung unwirksam.

#### V.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Pflicht, der Beteiligten zu 1, die Gerichtskosten ihres unzulässigen Rechtsmittels zu tragen, folgt unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. Keidel/Zimmermann FamFG 16. Aufl. § 84 Rn. 6). Für eine Kostenersatzungsanordnung zugunsten der Beteiligten zu 2 besteht kein Anlass, weil sie sich nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hat.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren (§ 131 Abs. 4 KostO i. V. m. § 30 Abs. 1 KostO) bestimmt sich nach dem Kaufpreis als Verkehrswert der Immobilie.

#### IV.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Zulassungsvoraussetzungen (§ 78 Abs. 2 GBO) nicht vorliegen.