

**letzte Aktualisierung:** 30.6.2023

OLG Stuttgart, Beschl. v. 1.8.2022 – 8 W 159/22

**GBO §§ 29, 35; BGB § 2202**

**Kein Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch privatschriftliche Annahmeerklärung**

1. Der Nachweis der Annahme des Testamentsvollstreckers amtes ist gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO zu führen.
2. Geht bei Nachweis durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde aus der Niederschrift über ihre Eröffnung nicht hervor, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt gegenüber dem Nachlassgericht angenommen hat, so kann die Annahme des Amtes auch durch Annahmezeugnis oder Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts nachgewiesen werden. Eine bloße Eingangsbestätigung genügt den Anforderungen des Grundbuchverfahrens nur dann, wenn der Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes in öffentlich beglaubigter Form oder zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt hat.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

# OLG Stuttgart Beschuß vom 1.8.2022, 8 W 159/22

Grundbuchverfahren: Formwirksamer Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei der Auflassung

## Tenor

1. Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts - Grundbuchamt - Schwäbisch Gmünd vom 11.02.2022 (Az.: SGM030 GRG 130 / 2021) wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
3. Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird in der Gebührenstufe bis 500 EUR festgesetzt.

## Gründe

I.

- 1 Im verfahrensgegenständlichen Grundbuch ist die am ... .2018 verstorbene ... ... als Alleineigentümerin eingetragen. Mit notariell beurkundetem Testament vom 15.06.2018 hatte die eingetragene Eigentümerin dem Antragsteller den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz im Wege des Vermächtnisses zugewandt. Gleichzeitig hat sie den Antragsteller zum Testamentsvollstrecker ernannt mit der einzigen Aufgabe, das zu seinen Gunsten angeordnete Vermächtnis zu erfüllen, und ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.
- 2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 05.01.2021 hat der Antragsteller den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz zum Zwecke der Erfüllung seines Vermächtnisanspruchs an sich aufgelassen sowie die Eintragung der Eigentumsänderung bewilligt und beantragt. Gleichzeitig hat der Antragsteller in der Urkunde erklärt, das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen zu haben und dieses vorsorglich nochmals bestätigt. Den Antrag hat der vertretungsbefugte Notar am 03.02.2021 bei dem Amtsgericht Schwäbisch Gmünd als dem zuständigen Grundbuchamt eingereicht.
- 3 Mit Zwischenverfügung vom 11.02.2022 hat das Grundbuchamt festgestellt, dass dem Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung folgendes Hindernis entgegenstehe:
- 4 „Die Annahme des Testamentsvollstreckeramts muss dem Grundbuchamt in der Form der §§ 35, 29 GBO nachgewiesen werden. Eine schlichte Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen Eingang einer Annahmeerklärung reicht nicht aus (DNotl-Report 2008, Seiten 114-116; OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017 – 15 W 482/16, BeckRS 2017, 103965). Hat der Testamentsvollstrecker die Annahme in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegeben, genügt eine Bestätigung des Nachlassgerichts in der Form des § 29 GBO, dass eine solche Annahme bei ihm eingegangen ist. Eine solche Bestätigung des Nachlassgerichts genügt jedoch nicht, wenn die Nachlassakten nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung enthalten. Zur Überprüfung der Sachlage ist - da das Nachlassgericht nicht eine Abteilung desselben Amtsgerichts des Grundbuchamts ist - dem Grundbuchamt auch die am 21.05.2019 beim Nachlassgericht zugegangene Annahmeerklärung vorzulegen. Würde es sich hierbei um eine privatschriftliche Erklärung handeln, würde dies als Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt nach § 35 GBO nicht genügen, sodass der Nachweis entweder durch Niederschrift des Nachlassgerichts über die Annahmeerklärung oder durch eine öffentlich beglaubigte/beurkundete Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers samt Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts geführt werden müsste. Natürlich wäre der Nachweis über die Verfügungsbefugnis auch insgesamt durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis möglich.“
- 5 Zur Behebung des Eintragungshindernisses bedürfe es noch der Vorlage eines ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramts durch den Antragsteller gemäß den §§ 35, 29 GBO. Die der Form des § 29 GBO genügende Annahmeerklärung müsse hierbei zeitlich vor Erklärung der Auflassung beim Nachlassgericht zugegangen sein. Falls ein Nachweis über das Bestehen des Amtes in grundbuchtauglicher Form im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung nicht vorliegen sollte, wäre nach Vorliegen des ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramts eine Genehmigung des Testamentsvollstreckers zur Auflassung vom 05.01.2021 in der Form des § 29 GBO erforderlich.

- 6 Zur Erledigung hat das Grundbuchamt dem Antragsteller unter Androhung der kostenpflichtigen Zurückweisung des Antrags eine Frist bis zum 13.03.2022 gesetzt.
- 7 Mit Schreiben vom 23.03.2022 hat der vertretungsbefugte Notar eine Bescheinigung des Amtsgerichts Crailsheim als dem für den Nachlass der eingetragenen Eigentümerin zuständigen Gericht vom 07.03.2022 vorgelegt, mit der bestätigt wird, dass der Antragsteller das Testamentsvollstreckeramt durch privatschriftliche Erklärung vom 14.05.2019 sowie durch notariell beglaubigte Erklärung vom 05.01.2021 angenommen hat. Er ist der Auffassung, es sei nicht erforderlich, dass die der Form des § 29 GBO genügende Erklärung zeitlich vor Erklärung der Auflassung beim Nachlassgericht zugegangen ist. Die §§ 29, 35 GBO regelten nicht die materielle Wirksamkeit einer Handlung, sondern nur die Form des Nachweises. Sofern das Grundbuchamt gleichwohl an seiner Zwischenverfügung festhalte, werde Beschwerde gegen die Entscheidung eingelegt.
- 8 Mit Beschluss vom 11.05.2022 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung wurde ausgeführt, da § 185 BGB für den Testamentsvollstrecker nicht gelte, könne eine Erklärung, die der Testamentsvollstrecker vor seiner Amtsannahme als noch nicht im Amt befindlicher Testamentsvollstrecker abgibt, nicht durch die spätere Amtsannahme wirksam werden. Für das Grundbuchverfahren bedeutet dies, dass für den Fall, dass der Nachweis der Testamentsvollstreckereigenschaft nicht entsprechend § 35 Abs. 2 1. Hs. GBO durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis, sondern vielmehr durch öffentliche Verfügung von Todes wegen, Eröffnungsprotokoll und Nachweis der Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht erbracht wird, auch der Zeitpunkt des Vorliegens der Verfügungsbefugnis rechtzeitig vor Abgabe der Erklärung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsse.

## II.

- 9 Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.
- 10 Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Eigentumsänderung zu Recht von der Vorlage eines ordnungsgemäßen Nachweises über die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes durch den Antragsteller und für den - hier gegebenen - Fall, dass ein grundbuchtauglicher Nachweis der Annahme des Amtes vor Beurkundung der Auflassung nicht vorliegen sollte, von der Genehmigung des Testamentsvollstreckers zur Auflassung vom 05.01.2021 in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht.
- 11 Auf die zutreffenden Gründe der angegriffenen Entscheidung und der Nichtabhilfeentscheidung wird Bezug genommen. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Auffassung des vertretungsbefugten Notars, §§ 29, 35 GBO regelten nicht die materielle Wirksamkeit einer Handlung, sondern nur die Form des Nachweises, trifft zwar zu, ändert aber nichts daran, dass der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nach den Vorschriften der Grundbuchordnung zu führen ist.
- 12 § 20 GBO verlangt im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Prüfung einer wirksamen Einigung des Berechtigten und des Erwerbers. Erforderlich ist vorliegend demzufolge auch der Nachweis, dass der Antragsteller bei Erklärung der Auflassung befugt war, über den Nachlassgegenstand zu verfügen. Dieser Nachweis kann durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO) oder durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift des in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung geführt werden (§ 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GBO). Materiell-rechtlich ist das Entstehen der Testamentsvollstreckerbefugnis jedoch noch von einer weiteren Voraussetzung abhängig, nämlich der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes durch die ernannte Person (§ 2202 BGB). Wenngleich die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes materiell-rechtlich durch privatschriftliche Erklärung möglich ist, ist der Nachweis der Annahme gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO zu führen (OLG Hamm, Beschluss vom 10.02.2017 - I-15 W 482/16; OLG München, Beschluss vom 11.07.2016 - 34 Wx 144/16; OLG Stuttgart/Senat, Beschluss vom 21.11.2018 - 8 W 238/17 und Beschluss vom 13.11.2018 - 8 W 261/17 [beide nicht veröffentlicht]). Geht bei Nachweis durch Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde aus der Niederschrift über ihre Eröffnung nicht hervor, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt gegenüber dem Nachlassgericht angenommen hat, kann die Annahme des Amtes auch durch sog. Annahmezeugnis oder Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts nachgewiesen werden. Das Annahmezeugnis ist eine Sonderform des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das sich auf die Frage beschränkt, ob das Amt wirksam angenommen wurde (OLG Hamm a.a.O.; Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl. 2020, § 2368, Rn. 59). Eine bloße Eingangsbestätigung genügt den Anforderungen des Grundbuchamtes nur dann, wenn der Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes in öffentlich beglaubigter Form oder zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt hat, die schlichte Bestätigung des Nachlassgerichts über den dortigen

Eingang einer privatschriftlichen Annahmeerklärung reicht nicht aus, weil in diesem Fall die Identität des Erklärenden nicht gesichert wäre (OLG München, a.a.O.; Rn. 17; OLG Hamm, a.a.O., Rn. 3; OLG Stuttgart/Senat a.a.O.; Wilsch in Beck OK GBO, 46. Edition, Stand 01.06.2022, § 35, Rn. 142; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 3462; Böhringer, ZfIR 2022, 109, 117; Schaub, ZEV 2000, 49, 50). Auch die bloße Erklärung in einer dem Grundbuchamt vorgelegten (notariell beglaubigten) Eintragungsbewilligung, das Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht angenommen zu haben, genügt nicht (Böhringer a.a.O.; OLG München a.a.O.; Krause/Weber in Meikel, GBO, 12. Aufl. 2020, § 35, Rn. 183). Ob die Amtsannahme auch gegenüber dem Grundbuchamt erklärt werden kann, wenn Grundbuchamt und Nachlassgericht verschiedene Abteilungen desselben Amtsgerichts sind (Wilsch a.a.O.; offengelassen in OLG München a.a.O.), kann vorliegend dahinstehen, weil das Verfahren über den Nachlass der ... ... nicht bei dem Amtsgericht Schwäbisch Gmünd, sondern bei dem Amtsgericht Crailsheim geführt wird.

- 13 Der Antragsteller hat eine Bescheinigung des Amtsgerichts - Nachlassgericht - Crailsheim vom 07.03.2022 vorgelegt, mit der dieses bescheinigt, dass der Antragsteller durch privatschriftliche Erklärung vom 14.05.2019 sowie durch notariell beglaubigte Erklärung vom 05.01.2021 gegenüber dem Nachlassgericht das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat. Die Bestätigung des Eingangs der privatschriftlichen Erklärung ist nach den zuvor dargelegten Grundsätzen kein grundbuchtauglicher Nachweis. Die Bestätigung des Eingangs der notariell beglaubigten Erklärung vom 05.01.2021 ist zwar ein grundbuchtauglicher Nachweis über die Annahme des Amtes. Da das Amt mit der damit verbundenen Verfügungsbefugnis gemäß § 2202 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 BGB aber erst mit der förmlichen Amtsannahme gegenüber dem Nachlassgericht beginnt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 26.09.2016 – 15 W 509/16 Rn. 31; Dutta in Staudinger BGB (2021), § 2202, Rn. 1; Heintz in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2202 BGB (Stand: 16.10.2020), Rn. 2; Zimmermann in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2202, Rn. 3; die Gegenauffassung LG Saarbrücken, Beschluss vom 10.12.2008 - 5 T 341/08 und Böhringer a.a.O. widerspricht der ausdrücklichen Regelung in § 2202 Abs. 1 BGB), ist mit der Bescheinigung des Nachlassgerichts vom 07.03.2022 nicht in grundbuchtauglicher Form belegt, dass der Antragsteller bei Abgabe der Auflassungserklärung schon Testamentsvollstrecker war. Hatte der Antragsteller die Annahme des Testamentsvollstreckers im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung noch nicht gegenüber dem Nachlassgericht erklärt, wäre die Auflassung als Verfügung eines Nichtberechtigten unwirksam (OLG Nürnberg a.a.O.; Heintz in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, a.a.O., Rn. 4; M. Schmidt in Ermann BGB, Kommentar, § 2202 Annahme und Ablehnung des Amtes, Rn. 5). In diesem Fall wäre auch § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB, wonach eine Verfügung wirksam wird, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt, nicht anwendbar, weil der Testamentsvollstrecker den Gegenstand, über den er verfügt hat, nicht durch die Erlangung des Amtes „erwirbt“ (OLG Nürnberg a.a.O., Rn. 34; M. Schmidt in Ermann a.a.O., Rn. 5; Heintz in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, a.a.O., Rn. 4; Trautwein in: Herberger/Martinek /Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 185 BGB, Rn. 37; Klumpp in Staudinger (2019) BGB § 185, Rn. 113). Die Gegenauffassung, die eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB auf den Fall der vor Erklärung der Amtsannahme getroffenen Verfügung einer zum Testamentsvollstrecker ernannten Person bejaht, mit der Folge, dass die Verfügung mit dem Amtsantritt des Testamentsvollstreckers von selbst und ex nunc wirksam werde (OLG München, Beschluss vom 08.09.2005 – 32 Wx 058/05 –, Rn. 21; LG Saarbrücken, Beschluss vom 10.12.2008 – 5 T 341/08; Dutta in Staudinger a.a.O., Rn. 33; wohl auch Zimmermann in Münchener Kommentar a.a.O., Rn. 4), überzeugt nicht. Die Regelung des § 185 Abs 2 Satz 1 2. Alt BGB hat den Zweck, widersprüchliches Verhalten auf der Seite des nichtberechtigt Verfügenden nicht gelten zu lassen. Er wird an seiner Verfügung festgehalten und hat nicht die Möglichkeit, dieser Verbindlichkeit durch die Verweigerung der Genehmigung zu entgehen (Klumpp in Staudinger (2019) BGB § 185, Rn. 98). Dieser der Vorschrift zugrundeliegende Gedanke greift bei Verfügungen des Testamentsvollstreckers nicht ein, weil die Wirkungen seines Handelns nicht ihn selbst, sondern den Erben treffen (vgl. BGH a.a.O.; OLG Nürnberg a.a.O.). Die Fallkonstellation ist vergleichbar mit der Verfügung, die ein Nichtberechtigter im fremden Namen trifft. Hier ist allgemein anerkannt, dass § 185 BGB nicht anwendbar und eine Heilung nach § 185 Abs. 2 S. 1 2. Alt ausgeschlossen ist (BayObLG, NJW 1956, 1279; OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 17; OLG Stuttgart/Senat, Beschluss vom 17.10.2019 - 8 W 222/19 [nicht veröffentlicht]; Bayreuther in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2021, § 185 Rn. 2).

- 14 Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.
- 15 Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren findet ihre Grundlage in §§ 61 Abs. 1, 36 Abs. 1 GNotKG, wobei sich der Senat an dem für die Behebung des Hindernisses geschätzten Aufwand orientiert hat.
- 16 Die Voraussetzung für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern.