

**letzte Aktualisierung:** 19.4.2023

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17.1.2023 – 5 W 98/22

**BGB §§ 2203, 2205 S. 2, 2216**

**Befreiung des Testamentsvollstreckers vom Verbot des Selbstkontrahierens; ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses**

1. Die von Amts wegen gebotene Prüfung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers erstreckt sich bei der zu eigenen Gunsten bewilligten Auflassungsvormerkung auch auf seine Berechtigung zur Vornahme eines solchen Insichgeschäfts, wobei deren Fehlen im Zweifel zur Unwirksamkeit der Bewilligung auch hinsichtlich der übrigen Miterwerber führt.
2. Eine Befreiung des Testamentsvollstreckers vom Verbot des Selbstkontrahierens setzt voraus, dass das Insichgeschäft dem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses entspricht; daran fehlt es, wenn die bewilligte Auflassungsvormerkung der Absicherung einer freihändigen Veräußerung u.a. an den Testamentsvollstrecker als Miterben dienen soll, dahingehende Anordnungen durch den Erblasser nicht getroffen wurden und eine angemessene Beteiligung der anderen Miterben nicht feststeht.
3. Die Bewilligung einer Grundschuld zugunsten eines Kreditinstituts durch den Testamentsvollstrecker ist kein entgeltliches Geschäft, wenn nicht sichergestellt erscheint, dass die besicherte Darlehenssumme in voller Höhe dem Nachlass zugeführt werden wird.

## Gründe

### I.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2022 beantragte die Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2) bis 4) namens der von ihr vertretenen Antragsteller die Eintragung einer Grundschuld an dem im Grundbuch von St. Johann Blatt 5207 eingetragenen Grundbesitz zugunsten der Beteiligten zu 4) sowie, unmittelbar im Nachrange hierzu, einer auflösend bedingten Auflassungsvormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung auf die Beteiligten zu 2) und zu 3) als Grundstückserwerber. Derzeit eingetragene Eigentümerin ist die am 27. Februar 2019 in Saarbrücken verstorbene Frau J.S. geb. G. (im Folgende: Erblasserin). Diese wurde ausweislich eines gemeinschaftlichen Erbscheins des Amtsgerichts Saarbrücken vom 19. November 2019 – 18 VI 1521/19 – von den Beteiligten zu 1) und zu 2), ihren beiden Kindern, zu je ½-Anteil beerbt; der Erbschein enthält den Zusatz, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei (Bl. 178 d.A.). Mit privatschriftlichem Testament vom 12. Mai 2008, das am 8. März 2019 unter dem Aktenzeichen 32 IV 70/89 eröffnet wurde, hatte die Erblasserin außer der Erbinsetzung ihrer beiden Kinder auch noch folgende Anordnungen getroffen (Bl. 44 d.A. 32 IV 70-71/89):

„Meine Tochter erhält das Klavier, meinen Schmuck, Kaffeeservice Krautheim Wiesenblumen und Kleidungsstücke.

Mein Sohn erhält im Hinblick darauf, dass er seit 1988 meine Altersrente mit monatlich 410,33 Euro mitfinanziert hat, die Eigentumswohnung in R./Kleinwalsertal. Darüber hinaus erhält er die Teppiche, das Tafelgeschirr Hutschenreuther und das barocke Silberbesteck.

Meine Enkelin A. erhält meine Pelzmäntel und -jacken.

Die Bilder und sonstigen Vermögensgegenstände sollen im gegenseitigen Einvernehmen hälftig geteilt werden.

Meinen Sohn setze ich hiermit als Rechtsanwalt und Steuerberater zum Testamentsvollstrecker ein.“

Dem Beteiligten zu 2) wurde am 27. Juli 2021 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt (AG Saarbrücken, 18 VI 801/19, Bl. 286 d.A.). Mit – auszugsweise vorgelegter – notarieller Urkunde seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 24. Februar 2022 (UR. NR. 216/2022) veräußerte der Beteiligte zu 2) in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker den gegenständlichen Grundbesitz mit allen Rechten und gesetzlichen Bestandteilen an sich selbst sowie an den Beteiligten zu 3) zu je ½-Anteil (Bl. 155 ff. d.A.); als Kaufpreis für das nach Angaben in der Urkunde mit mehreren (älteren) Briefgrundschulden zugunsten der Sparkasse belastete Grundstück wurde ein Betrag in Höhe von 360.000,- Euro vereinbart, der vereinbarungsgemäß vorrangig der Ablösung von diesen Grundpfandrechten zugrunde liegenden Verbindlichkeiten dienen und im Übrigen auf ein noch durch separate Anweisung anzugebendes Konto des Veräußerers überwiesen werden sollte (Bl. 156 f., 158 d.A.). Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung wurde die Eintragung einer – auflösend bedingten – entsprechenden Vormerkung für den Erbwerber im jeweiligen Erwerbsverhältnis zu Lasten des Grundstücks beantragt und bewilligt. Mit weiterer notarieller Urkunde vom selben Tage (UR Nr. 217/2022) wurde überdies unter Mitwirkung u.a. der Beteiligten zu 2) und zu 3) durch den Eigentümer als Verfügungsberechtigten eine Grundschuld in Höhe von 225.000,- Euro nebst 15 Prozent

Jahreszinsen ab 24. Februar 2022 und einmalig 5 Prozent aus dem Nominalbetrag zugunsten der Beteiligten zu 4) an dem vorbezeichneten Grundbesitz bestellt und deren Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt (Bl. 171 f. d.A.).

Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat die Nachlassakten eingesehen und die Beteiligten daraufhin auf – aus der Vorschrift des § 181 BGB folgende – Bedenken hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 2) aufmerksam gemacht (Verfügung vom 11. April 2022, Bl. 184 d.A.). Zum Nachweis, dass „der Verkauf“ ordnungsgemäßer Verwaltung unterliege und auch nicht unter die Beschränkung des § 2205 Satz 3 BGB falle, sei der Nachweis der vollumfänglichen Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes erforderlich; dies könne insbesondere durch Vorlage eines Wertgutachtens nebst eidesstattlicher Versicherung, dass ein höherer Kaufpreis nicht hätte erzielt werden können, erfolgen, anderenfalls durch Beibringung der Zustimmung der Beteiligten zu 1) als weiterer Miterbin. Daraufhin wurden mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller vom 6. Mai 2022 zwei Wertgutachten vom 8. Juli 2019 und vom 26. November 2021 eingereicht, die als Verkehrswerte jeweils Beträge von 265.000,- Euro bzw. 360.000,- Euro ausweisen; weitere Angaben wurden nicht gemacht (Bl. 185 ff. d.A.). Nach Anhörung der Beteiligten zu 1), die mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 31. Mai 2022 der begehrten Eintragung unter Hinweis auf den ihres Erachtens „deutlich untersetzten“ Kaufpreis und ein um 40.000,- Euro höheres Angebot ihrer eigenen Tochter widersprach (Bl. 239, 243 d.A.), nahm das Grundbuchamt am 24. Oktober 2022 die beantragten Eintragungen vor (Bl. 291 d.A.). Die Beteiligte zu 1) hat am 31. Mai 2022 gegenüber dem Nachlassgericht die Entlassung des Beteiligten zu 2) als Testamentsvollstrecker beantragt (Bl. 18 d.A. 18 VI 1621/19); über diesen Antrag ist bislang nicht entschieden.

Mit ihrer am 14. November 2022 eingelegten Beschwerde wendet sich die Beteiligte zu 1) gegen die Eintragung der Auflassungsvormerkung sowie der Finanzierungsgrundschuld. Sie hält die Veräußerung des Grundstücks an den Beteiligte zu 2) und an den Beteiligten zu 3), bei dem es sich um den Ehemann der langjährigen Lebensgefährtin des Beteiligten zu 2) handle, gemäß § 181 BGB sowie wegen grober Verstöße gegen Mitteilungs- und Anhörungspflichten gegenüber den Miterben für nichtig; sowohl die neuerliche Bewertung als auch der Verkauf seien ohne Wissen der Beteiligten zu 1) erfolgt, ohnehin sei das Grundstück augenscheinlich stark unter Wert veräußert worden. Unter diesen Umständen könne das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Rechtsgeschäfts durch den Beteiligten zu 2) als Testamentsvollstrecker nicht als erwiesen erachtet werden (Bl. 297 ff. d.A.). Das Amtsgericht hat die Eingabe der Beteiligten zu 1) mit begründetem Beschluss vom 15. Dezember 2022 „als befristete Beschwerde bzw. Anregung auf Eintragung eines Amtswiderspruches“ gewertet, dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 327 ff. d.A.).

Der Senat hat die Nachlassakten – AG Saarbrücken, Az.: 32 IV 70-71/89, 18 VI 801/19, 18 VI 1521/19 – beigezogen und eingesehen.

## II.

Das vom Grundbuchamt zu Recht als Beschwerde mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruches (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO) ausgelegte und als solches insbesondere auch hinsichtlich der eingetragenen Vormerkung zulässige (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16; OLG München, NJW-RR 2018, 1107; Sternal in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar 8. Aufl., § 71 Rn. 32) Rechtsmittel der Beteiligten zu 1) hat Erfolg. Das Grundbuchamt hat die beiden in Rede stehenden Eintragungen jeweils unter

Verletzung gesetzlicher Vorschriften, nämlich ohne ausreichenden Nachweis der Verfügungsbefugnis des die Eintragungen bewilligenden Testamentsvollstreckers (§ 2205 Satz 2 und 3 BGB, auch i.V.m. 181 BGB) vorgenommen; dadurch ist das Grundbuch unrichtig geworden.

1.

Das Grundbuchamt hat freilich im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass der Testamentsvollstrecker bei Verfügungen über Grundstücksrechte seine Verfügungsbefugnis nachweisen muss, wozu im Einzelfall auch der Nachweis gehört, dass die vom Testamentsvollstrecker erteilte Bewilligung einer Eintragung keine unentgeltliche Verfügung enthält. Denn zu unentgeltlichen Verfügungen über Grundstücke ist der Testamentsvollstrecker nicht berechtigt (§ 2205 Satz 3 BGB), es sei denn, alle Erben und Vermächtnisnehmer stimmen der Verfügung zu, woran es hier jedoch – spätestens aufgrund der eingeholten Stellungnahme der Beteiligten zu 1) vom 29. Juli 2022 (Bl. 278 d.A.) – offenkundig fehlte. Ebenfalls zutreffend hat das Grundbuchamt weiterhin gesehen, dass in Fällen des sog. Insichgeschäfts, bei dem der Testamentsvollstrecker über ein Grundstück oder Grundstücksrecht zu seinen eigenen Gunsten oder zugleich als Vertreter eines Dritten verfügt, unbeschadet der aus § 2205 Satz 2 BGB folgenden Rechtsmacht auch die Voraussetzungen des § 181 BGB zu prüfen und nachzuweisen sind. In das Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) wird eine entsprechende Befreiung regelmäßig nicht aufgenommen; doch muss dieser Nachweis auch nicht zwingend in der Form des § 29 GBO erfolgen, und auch, dass sich der Testamentsvollstrecker bei der Verfügung über ein Grundstück in diesen Grenzen seiner Verfügungsmacht gehalten hat, insbesondere die Entgeltlichkeit des Geschäfts, ist vom Grundbuchamt im Wege der freien Beweiswürdigung festzustellen (OLG Köln, FGPRax 2013, 105; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 603; Böhringer, in: Meikel, GBO 12. Aufl., § 52 Rn. 52; Demharter, GBO 32. Aufl., 52 Rn. 26).

2.

Bei Anwendung dieser Grundsätze hätte das Grundbuchamt die von dem Beteiligten zu 2) als Testamentsvollstrecker bewilligte Auflassungsvormerkung zugunsten seiner eigenen Person und des Beteiligten zu 3) hier jedoch nicht in das Grundbuch eintragen dürfen; weil dieses durch die gesetzeswidrige Eintragung unrichtig geworden ist, muss jetzt ein Widerspruch eingetragen werden. Unbeschadet der – bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung möglicherweise (noch) nicht zu prüfenden, vgl. OLG Zweibrücken, FamRZ 2007, 570; OLG Frankfurt, ZEV 2011, 534 – Frage der Unentgeltlichkeit (§ 2205 Satz 3 BGB) stellte die Bewilligung der Vormerkung ein dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich verbotenes Insichgeschäft (§ 181 BGB) dar, dessen Berechtigung hier nicht erwiesen wurde:

a)

Nach § 19 GBO ist eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen, wenn der Eigentümer oder ein sonst Berechtigter sie bewilligt und er oder der Vormerkungsberechtigte nach § 13 Abs. 1 GBO ihre Eintragung beantragt hat. Ob die zu sichernde Forderung tatsächlich besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. Es genügt, dass der zu sichernde Anspruch vormerkungsfähig ist; es muss sich also um einen Anspruch handeln, der auf eine Rechtsänderung hinsichtlich eines im Grundbuch eingetragenen Rechts abzielt. Nur wenn dem Grundbuchamt positiv bekannt ist, dass der zu sichernde Anspruch nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann, hat es die beantragte Eintragung abzulehnen, weil es nicht dazu beitragen darf, dass das Grundbuch unrichtig wird (BayObLG, DNotZ 1995, 63; KG, NJW 1972, 639; NotBZ 2018, 61;

Demharter, a.a.O., Anh. zu § 44 Rn. 87). Anders liegt es dagegen, wenn begründete Zweifel an dem Vorliegen von Eintragungsvoraussetzungen auftauchen, zu deren Prüfung das Grundbuchamt ohnehin verpflichtet ist, insbesondere hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Veräußerers: Hier ist das Grundbuchamt zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet; denn es ist seine Aufgabe, das Grundbuch nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu halten und eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verhindern (BGH, Beschluss vom 28. April 1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135; Senat, Beschluss vom 6. November 2019 – 5 W 59/19, NJW-RR 2020, 266; KG, NJW 1972, 639, 641; Demharter, a.a.O., Anh. zu § 44 Rn. 91). Dementsprechend hat das Grundbuchamt stets sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat und dabei außer dem Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses auch die aus dem Gesetz ersichtlichen Verfügungsbeschränkungen zu beachten (vgl. OLG München, FamRZ 2012, 1672; OLG Düsseldorf, FamRZ 2020, 954; Demharter, a.a.O., § 52 Rn. 23; 18ff.; Böhringer, in: Meikel, a.a.O., § 52 Rn. 63).

b)

Die formellen Voraussetzungen für die Eintragung der Eigentumsvormerkung in das Grundbuch sind hier nicht erfüllt. Während die Beteiligten zu 2) und 3), zu deren Gunsten die Eintragung erfolgen sollte, diese gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO beantragt haben, wurde die entsprechende Bewilligung (§ 19 GBO) hier – zugleich – durch den Beteiligten zu 2) in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gegenüber – u.a. – seiner eigenen Person erteilt, ohne dass dieser insoweit von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen wäre:

aa)

Zwar gilt § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen, zu denen die Bewilligung gemäß § 19 GBO gehört, nicht unmittelbar; denn dabei handelt es sich um eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die deshalb grundsätzlich nur verfahrensrechtlichen, nicht aber sachlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt (OLG München FamRZ 2012, 1672; OLG Nürnberg, ZfIR 2016, 267; Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 13). Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts für rechtsgeschäftliche Erklärungen – hier: § 181 BGB – ist aber geboten, wenn die materiell-rechtliche Erklärung in der verfahrensrechtlichen Erklärung enthalten ist, die, wenn sie nicht der wahren Rechtslage entspricht, das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig macht. Denn die Bewilligung nach § 19 GBO ist zwar in erster Linie ein Akt des formellen Grundbuchrechts; sie dient aber doch der Verwirklichung und Beurkundung des materiellen Liegenschaftsrechts (BGH, Beschluss vom 27. Februar 1980 – V ZB 15/79, BGHZ 77, 7; Weinland in: jurisPK-BGB 9. Aufl., § 181 BGB Rn. 21). Für die Bewilligung der Löschung eines Grundpfandrechts folgt daraus, dass diese auch nur dann wirksam ist, wenn der Bewilligende die nach materiellem Recht zu beurteilende Macht zur Aufhebung der Belastung hat (vgl. § 875 BGB), deren Löschung bewilligt werden soll (BGH, Beschluss vom 27. Februar 1980 – V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 9; OLG Nürnberg, ZfIR 2016, 267; KGJ 47, A 147, 149). Dazu rechnen auch die Voraussetzungen für ein erlaubtes Insichgeschäft, wenn die Aufgabe durch den Eigentümer als Grundschatuldgläubiger erklärt wird, weil der Umstand, dass das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten aufgegeben werden kann (§ 875 Abs. 1 Satz 2 BGB), nichts daran ändert, dass in beiden Fällen der Eigentümer des belasteten Grundstücks der durch die Aufgabeerklärung materiell Begünstigte ist (BGH, Beschluss vom 27. Februar 1980 – V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 9). Für die Bewilligung einer Vormerkung kann richtigerweise nichts anderes gelten. Auch hier ist die materiell-rechtliche Erklärung (§ 885 BGB) regelmäßig in der verfahrensrechtlichen

Bewilligung (§ 19 GBO) enthalten (Herrler, in: Grüneberg, BGB 82. Aufl., § 885 Rn. 8). Wenngleich es sich dabei nicht um eine Verfügung im Rechtssinne handelt, so rechtfertigen es ihre materiell-rechtlichen Wirkungen aber doch, sie einer Verfügung über das vom Anspruch betroffene Recht gleichzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16; Urteil vom 1. Oktober 1958 – V ZR 26/57, NJW 1958, 2013; KG, NotBZ 2018, 61; Herrler, in: Grüneberg, a.a.O., § 883 Rn. 3). Auch sie kann gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger abgegeben werden, wobei letzterer materiell Begünstigter ist (Assmann, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2022, § 885 Rn. 21; Staudinger/Kessler (2020) BGB § 885, Rn. 17). Dementsprechend wäre es auch hier nicht zu rechtfertigen, den im einen Fall (Erklärung gegenüber dem Begünstigten) eingreifenden Schutz des § 181 BGB im anderen Fall (Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt) nicht zu gewähren (vgl. zu § 875 BGB BGH, Beschluss vom 27. Februar 1980 – V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 10; für die Gleichsetzung der Bewilligung nach § 885 BGB mit der Aufgabeerklärung nach § 875 BGB allgemein auch KGJ 46 A 200, 208).

bb)

Dass der Beteiligte zu 2) als Testamentsvollstrecker hier vom – grundsätzlichen – Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen wäre, ist nicht nachgewiesen.

(1)

Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Grundsätze sind auf den Testamentsvollstrecker entsprechend anzuwenden; aus ihnen folgt, dass das Selbstkontrahieren des Testamentsvollstreckers zwar nicht grundsätzlich unzulässig ist, aber seine Grenze im Willen des Erblassers und außerdem in der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Nachlasses findet (BGH, Urteil vom 29. April 1959 – V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 69; Urteil vom 28. September 1960 – V ZR 196/58, WM 1960, 1420; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 322; OLG München, ZEV 2012, 333). Inwieweit die – auch stillschweigend mögliche – Gestattung des Erblassers reicht, ist eine Frage der Auslegung der Verfügung von Todes wegen, insbes. der Testamentsvollstreckungsanordnung, im Einzelfall. Ist der Testamentsvollstrecker – wie hier – zugleich Miterbe, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Erblasser ihm durch seine Ernennung alle diejenigen Rechtsgeschäfte mit sich selbst vorzunehmen gestattet hat, die im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) liegen, wobei jedoch an die Ordnungsmäßigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 29. April 1959 – V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 70). Andererseits ist ein In-sich-Geschäft des (erbenden oder nichterbenden) Testamentsvollstreckers, das gegen das Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) verstößt – etwa ein ihm gestatteter Eigenwerb weit unter Wert, falls nicht ein dahingehendes Vorausvermächtnis vorliegt – selbst dann unwirksam, wenn es etwa einmal vom Willen des Erblassers gedeckt sein sollte; denn jenes Gebot der Ordnungsmäßigkeit als solches kann auch der Erblasser nicht außer Kraft setzen (§ 2220 BGB; BGH, Urteil vom 29. April 1959 – V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 70; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 322).

(2)

Vorliegend war der Beteiligte zu 2) als Testamentsvollstrecker bei Vornahme der Bewilligung der gegenständlichen Auflassungsvormerkung nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

(a)

Soweit das Verbot des Selbstkontrahierens von vornherein nicht gilt, wenn es sich bei der in Rede stehenden Verfügung um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (§ 181 a.E.; vgl. dazu Ellenberger, in: Grüneberg, a.a.O., § 181 Rn. 22), liegt ein solcher Fall nicht vor. Dies kann gegeben sein, wenn der Testamentsvollstrecker mit dem Geschäft eine wirksame, insbesondere von dem Erblasser begründete Verpflichtung, etwa ein ihm zugewandtes Vermächtnis, erfüllt (OLG Düsseldorf, NJW 2014, 603). Darum geht es hier jedoch nicht; ganz im Gegenteil diene die Bewilligung der Auflassungsvormerkung der Vorbereitung der Erfüllung einer nach dem Tode der Erblasserin von ihm selbst (auch) zu eigenen Gunsten begründeten kaufvertraglichen Verpflichtung, die ihrerseits an den Voraussetzungen des § 181 BGB zu messen wäre.

(b)

Ebenso wenig liegt eine ausdrückliche oder stillschweigende Gestattung der Erblasserin vor. Ausweislich ihres privatschriftlichen Testaments vom 12. Mai 2008 (Bl. 44 d.A. 32 IV 70-71/89) hatte diese darin außer der Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Einsetzung des Beteiligten zu 2) keine ausdrückliche Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB verfügt. Auch eine stillschweigende Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Vornahme des Rechtsgeschäfts kann vorliegend nicht angenommen werden, weil – entgegen der nicht näher begründeten Ansicht des Grundbuchamtes – nicht festgestellt werden kann, dass die Bewilligung der Auflassungsvormerkung dem Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) entsprach.

(aa)

Nach dem privatschriftlichen Testament war der Beteiligte zu 2) ersichtlich – nur – dazu berufen, die letztwilligen Verfügungen der Erblasserin zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB; d.h. insbesondere: Vermächtnisse oder Auflagen zu Lasten des Erben, Teilungsanordnungen sowie alle Verfügungen, die ohne Ernennung eines Testamentsvollstreckers der Erbe auszuführen hätte, vgl. Staudinger/Dutta (2021) BGB § 2203, Rn. 4) und den Nachlass auseinanderzusetzen (§ 2204 BGB). Hierzu hatte er sich an die Anordnungen der Erblasserin zu halten und im Übrigen die gesetzlichen Vorschriften zu beachten. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung in Einklang steht, ist entscheidend, dass das Geschäft und die Art und Weise seiner Durchführung geeignet waren, der Erledigung der Auseinandersetzung des Nachlasses zu dienen (BGH, Urteil vom 28. September 1960 – V ZR 196/58, WM 1960, 1420). Dabei darf der Testamentsvollstrecker mangels einer abweichenden Anordnung des Erblassers, für die hier nichts ersichtlich ist, die Auseinandersetzung nicht nach Gutdünken oder billigem Ermessen vornehmen, auch nicht unteilbare Gegenstände einzelnen Miterben auf ihre Erbteile zuweisen, sondern er ist verpflichtet, solche in Natur nicht teilbaren Nachlassgegenstände zu veräußern und den Erlös zur Teilung zu bringen (§§ 2204, 2042 ff. BGB i.V.m. §§ 753 ff. BGB; RG, Urteil vom 13. Februar 1924 – V 29/23, RGZ 108, 289, 291; Senat, Urteil vom 26. Oktober 2022 – 5 U 11/22; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 905; Zimmermann, in: MünchKomm-BGB 8. Aufl., § 2204 Rn. 7). Dabei ist auf berechnete Wünsche und Bedenken der Erben einzugehen (BGH,

Urteil vom 28. September 1960 – V ZR 196/58, WM 1960, 1420; SaarlOLG, Urteil vom 25. Februar 1953 – 1 U 125/52, JZ 1953 509).



(bb)

Der vorliegende Verkauf des Nachlassgrundstücks an die Beteiligten zu 2) und zu 3) wird diesen Anforderungen – unbeschadet der weiteren Frage einer möglichen teilweisen Unentgeltlichkeit, vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 – IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457 – in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Mangels entsprechender Anordnung der Erblasserin, deren Testament in Bezug auf dieses Grundstück schweigt, und ohne das Einverständnis sämtlicher Miterben durfte der Beteiligte zu 2) dieses zu Auseinandersetzungszwecken nicht, wie hier geschehen, ohne weiteres außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens als Ganzes oder anteilig an einzelne Miterben veräußern. Auch kann nicht festgestellt werden, dass die verfahrensmäßigen Rechte der Beteiligten zu 1) als Miterbin ausreichend gewahrt wurden, nachdem unwiderlegt im Raume steht, dass die Veräußerung an die Beteiligten zu 2) und zu 3) ohne deren Wissen erfolgte. Daraus folgt – ohne Rücksicht auf die mögliche Unwirksamkeit des Kaufvertrages, die hier nicht zu prüfen war – die fehlende Befugnis des Beteiligten zu 2) zur Bewilligung der Auflassungsvormerkung: Da diese der Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung aus der Veräußerung dient, kann gleichfalls nicht angenommen werden, dass ihre Bewilligung dem Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) entsprach und daher kraft stillschweigender Gestattung von dem Beteiligten zu 2) zu eigenen Gunsten wirksam vorgenommen werden konnte.

cc)

Der fehlende Nachweis der Ermächtigung des Beteiligten zu 2) zur Vornahme des Inlichgeschäfts führt zur Unwirksamkeit der Bewilligung der Auflassungsvormerkung insgesamt, unbeschadet des Umstandes, dass Begünstigter neben seiner eigenen Person auch der Beteiligte zu 3) gewesen ist. Insoweit greift der Rechtsgedanke des § 139 BGB, der auch auf Eintragungen im Grundbuch entsprechend anzuwenden ist (vgl. RG, Urteil vom 8. Dezember 1927 – V 100/27, RGZ 119, 211, 214; BayObLGZ 1998, 70; KGJ 43 A 223, 224; Ellenberger, in: Grüneberg, a.a.O., § 139 Rn. 3), wonach bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Davon ist hier in Ansehung der der Eintragung zugrunde liegenden Bewilligung auszugehen: Weder der Inhalt der notariellen Urkunde, noch die sonst maßgeblichen Umstände geben Anlass zu der Annahme, dass die daran Beteiligten für den von ihnen erkannten Fall einer Unwirksamkeit des Inlichgeschäfts eine eingeschränkte Vormerkung nur zugunsten des Beteiligten zu 3) bewilligt hätten.

3.

Auch die von dem Beteiligten zu 2) als Testamentsvollstrecker zugunsten der Beteiligten zu 4) bewilligte Grundschuld ist unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften eingetragen worden. Insoweit ist jedenfalls nicht erwiesen, dass eine entgeltliche Verfügung vorliegt (§ 2205 Satz 3 BGB).

a)

Auch bei der Bewilligung eines Grundpfandrechts hat das Grundbuchamt sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten und insbesondere nicht (auch nur teilweise, vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 – IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457) unentgeltlich verfügt hat (vgl. Demharter, a.a.O., § 52 Rn. 23, m.w.N.). Eine – ihm gemäß § 2205 Satz 3 BGB untersagte – unentgeltliche Verfügung liegt vor, wenn –

objektiv – aus dem Nachlass ein Wert hingegeben wird, ohne dass die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird und – subjektiv – der Testamentsvollstrecker weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, dass die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 – IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457; OLG München, DNotZ 2013, 873; Demharter, a.a.O., § 52 Rn. 21; Böhringer, in: Meikel, a.a.O., § 52 Rn. 54). Da der Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden kann, wird eine entgeltliche Verfügung angenommen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind (OLG München, DNotZ 2013, 873; ZEV 2017, 733). Grundsätzlich wird dann, wenn die Verfügung Bestandteil eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten ist, der nicht zugleich Miterbe ist bzw. dem Testamentsvollstrecker wirtschaftlich oder persönlich nahesteht, anzunehmen sein, dass die Verfügung auch voll entgeltlich ist. Bestehen aber aufgrund bestimmter Anhaltspunkte berechnete Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, muss das Grundbuchamt selbst Ermittlungen anstellen und ggf. verlangen, dass der Testamentsvollstrecker die erforderlichen Unterlagen beibringt (OLG Frankfurt, ZEV 2011, 534).

b)

Vorliegend hätten die Umstände, insbesondere die Tatsache, dass die zugunsten der Beteiligten zu 4) bewilligte Buchgrundschuld der Finanzierung eines nicht erwiesenermaßen zulässigen Insichgeschäftes (§ 181 BGB) des Testamentsvollstreckers zu dienen bestimmt war, dem Grundbuchamt gesteigerten Anlass geben müssen, die Entgeltlichkeit dieser – weiteren – Verfügung über das Nachlassgrundstück näher zu prüfen. Dabei wäre hier bei sachgerechter Würdigung die Befugnis des Beteiligten zu 2) zur Vornahme der Belastung gemäß § 2205 Satz 3 BGB zu verneinen gewesen, weil nach allen bekannten Umständen nicht ausreichend sichergestellt ist, dass die im Gegenzug von der Beteiligten zu 4) geschuldete Darlehensvaluta ungeschmälert in den Nachlass gelangt.

aa)

Erfolgt die Belastung des Grundstücks – wie hier – vor Eigentumsumschreibung mit Grundschulden oder Hypotheken, die dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises durch Kredite ermöglichen soll, so handelt es sich bei diesen Grundschulden zwar in der Regel um entgeltliche Verfügungen (OLG Frankfurt, ZEV 2011, 534; Böhringer, in: Meikel, a.a.O., § 52 Rn. 59; Keim, ZEV 2007, 470). Voraussetzung ist aber, dass in der Grundschuldbestellung die Zweckbestimmung derart eingeschränkt ist, dass der Verkäufer – d.h. hier: der Nachlass – gegen anderweitige Verwendungen des Grundpfandrechts geschützt wird; dazu muss sichergestellt sein, dass die Grundschuld dem Gläubiger nur zugute kommt, soweit ihr Gegenwert in den Nachlass geflossen ist (OLG Frankfurt, ZEV 2011, 534; Zeiser, in: Hügel, BeckOK GBO 47. Ed., Stand: 30.09.2022, § 52 Rn. 75; Böhringer, in: Meikel, a.a.O., § 52 Rn. 59; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 16. Aufl., Rn. 3443; Keim ZEV 2007, 470). Eine Grundschuldbestellung ist unwirksam, wenn die Darlehensvaluta dem Testamentsvollstrecker oder einem Dritten zufließen oder ein Kredit Dritter besichert werden soll; das Rechtsgeschäft ist dann zwar vom Standpunkt des Gläubigers (Geldgebers) aus ein entgeltliches, nicht aber vom Standpunkt des Erben aus, so dass der Geldgeber hier die Grundschuld mangels Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht wirksam erwerben kann (vgl. LG Aachen, Rpfleger 1984, 98; Zeiser, in: Hügel, a.a.O., § 52 Rn. 76; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 3443). Da § 2205 Satz 3 BGB nach

seinem Schutzzweck auch teilweise unentgeltliche Verfügungen erfasst (BGH, Urteil vom 24. Februar 2016 – IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457), muss insbesondere nachgewiesen sein, dass der Gegenwert der Belastung in voller Höhe dem Nachlass zufließt („Vollentgeltlichkeit“; vgl. Münzig in: Keller/Münzig, a.a.O., § 52 Rn. 29).

bb)

Dieser Nachweis ist hier nicht erbracht. Die notarielle Grundschuldbestellungsurkunde (UR Nr. 0217/2022) enthält zwar eine Sicherungsabrede, wonach der Grundschuldgläubiger die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten darf, als er tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die „Kaufpreisschuld des Erwerbers“ geleistet hat. Aus der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 24. Februar 2022 (UR Nr. 0216/2022), mit der der Beteiligte zu 2) – „handelnd in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker“ das zum Nachlass gehörende Anwesen an sich selbst und den Beteiligten zu 3) veräußert, folgt jedoch keine – jedenfalls keine hinreichend zweifelsfreie – Regelung, die eine vollständige Zahlung des Kaufpreises an den Nachlass sicherstellt; vielmehr weist Ziff. III. 2. den Erwerber an, von dem Kaufpreis vorweg alle Zahlungen an die Berechtigten der der Eigentumsvormerkung des Erwerbers vorgehenden, von diesem nicht übernommenen Belastungen zu leisten, von denen die Löschung derselben abhängig gemacht wird, die vom Veräußerer zu tragenden Löschungskosten zu begleichen und den danach verbleibenden Restkaufpreis auf ein noch durch separate Anweisung anzugebendes Konto des Veräußerers zu überweisen. Welche Verbindlichkeiten diesen weiteren Belastungen – ausweislich der Urkunde handelt es sich um eine Reihe von älteren Briefgrundschulden zugunsten der Sparkasse, deren näheres Schicksal nicht bekannt ist – überhaupt (noch) zugrunde liegen und gegenüber wem, ist unklar. Mangels konkreter Zahlungsanweisung ist aber auch im Übrigen nicht einmal sichergestellt, dass der danach verbleibende Überschuss dem Nachlass selbst zugutekommt. Dementsprechend ist die volle Entgeltlichkeit der Verfügung hier nicht erwiesen und fehlte es auch insoweit – mangels Vorliegen der alternativen Voraussetzungen des § 2205 Satz 3 BGB, d.h.: dass die Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht – an der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 2) zur Bewilligung der Buchgrundschuld.

4.

Der Senat macht vorsorglich – ohne Bindungswirkung – darauf aufmerksam, dass auch im Rahmen einer etwaigen – bislang nicht beantragten – Eigentumsumschreibung die Voraussetzungen sowohl der Befreiung des Beteiligten zu 2) vom Verbot des Insichgeschäfts als auch die – insoweit ebenfalls höchst zweifelhafte – Vollentgeltlichkeit der Grundstücksveräußerung nachgewiesen werden müssten, wobei dieser Nachweis bislang nicht geführt worden sein dürfte. Der insoweit gebotenen Prüfung, die im Ergebnis auf eine freie Beweiswürdigung hinausläuft (vgl. Demharter, a.a.O., § 52 Rn. 24) ist allein mit der Vorlage eines oder mehrerer Wertgutachten nicht ohne weiteres Genüge getan; vielmehr sind die eingereichten Nachweise an dieser Stelle stets einer kritischen Würdigung zu unterziehen, die hier zumindest in Rechnung stellen müsste, dass der in den beiden – jeweils auch nicht von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen verfassten – Gutachten ausgewiesene Verkehrswert mit den allgemein bekannten Gegebenheiten nicht korreliert. Denn das in Rede stehende Anwesen, ein mehrstöckiges Wohn- und Bürohaus mit einer Geschäfts- und zwei weiteren Wohneinheiten, grenzt unmittelbar an eine der – das ist offenkundig – teuersten Wohnlagen der Landeshauptstadt; nach den Feststellungen in beiden Gutachten befindet es sich offenbar in recht gutem baulichem Zustand, vorhandener Sanierungsstau ist überschaubar, so dass die angesetzten Werte von 265.000,- Euro (per Juli 2019, Bl. 186 d.A.)

bzw. 360.000,- Euro (per 26. November 2021, Bl. 209 d.A.) zumindest erläuterungsbedürftig erscheinen. Berücksichtigt man weiterhin, dass auch die in beiden Gutachten angesetzten Quadratmeterpreise für die Vermietung von Büro- und Wohnraum (7,- Euro pro qm im Jahre 2019 bzw. 7,90/8,- Euro pro qm im Jahre 2021, Bl. 197/217 d.A.) auf den ersten Blick bescheiden anmuten, erscheinen diese Feststellungen als Beweismittel für die – nach der Rechtsprechung zu fordernde – vollständige Entgeltlichkeit der Veräußerung insgesamt nicht ausreichend belastbar.

5.

Weil das Grundbuchamt mithin sowohl die Auflassungsvormerkung als auch die Grundschuld zu Unrecht eingetragen hat und dadurch das Grundbuch unrichtig geworden ist, nämlich mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt, ist auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1) nunmehr gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO hiergegen jeweils ein Amtswiderspruch einzutragen.

Da das Rechtsmittel erfolgreich ist, waren eine Kostenentscheidung und eine Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswertes nicht veranlasst. Die Rechtsbeschwerde war mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 GBO) nicht zuzulassen.