

Dokumentnummer: 11033R
letzte Aktualisierung: 16.5.2012

OLG München, 26.3.2012 - 34 Wx 199/11

BGB §§ 181, 883, 2205; GBO §§ 19, 22

Geltung des § 181 BGB bei Bewilligungen gem. § 19 GBO; Unrichtigkeitsnachweis bei Vormerkungslöschung; Möglichkeit der „Aufladung“

1. Das Verbot des Insichgeschäfts gilt auch für die Bewilligung des Testamentsvollstreckers zur Löschung von Rechten der Erben an seinem Grundstück. (amtlicher Leitsatz)
2. Zum Unrichtigkeitsnachweis bei möglicherweise "wiederaufgeladenen" Rückauflassungsvormerkungen. (amtlicher Leitsatz)
3. Die Möglichkeit einer Wiederaufladung der Vormerkung (und damit das Scheitern des Unrichtigkeitsnachweises) kann nur dann außer Acht bleiben, wenn es sich um eine rein theoretische Möglichkeit handelt (vorliegend verneint). (Leitsatz der DNotI-Redaktion)
4. Vgl. OLG Hamm DNotZ 2011, 691; OLG Schleswig FGPrax 2011, 72; OLG Frankfurt, 13.04.2011, 20 W 126/11; OLG Stuttgart, 20.03.2012, 8 W 98/12. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Tenor

I. Auf die Beschwerde des Beteiligten wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Starnberg - Grundbuchamt - vom 15. März 2011 in der Fassung des Nichtabhilfebeschlusses vom 19. April 2011 insoweit aufgehoben, als dem Beteiligten unter Fristsetzung aufgegeben wird, die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (Vorlage des Zeugnisses in Ausfertigung, Erklärung zur möglichen Schmälerung des Nachlasses) nachzuweisen.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde des Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Starnberg - Grundbuchamt - vom 15. März 2011 zurückgewiesen.

III. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

IV. Der Beschwerdewert beträgt hinsichtlich des zurückgewiesenen Teils 3.000,00 €

Gründe

I.

Der Beteiligte ist als Eigentümer von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen, welcher ihm mit notariellem Vertrag vom 2.8.1993 von seiner Mutter übertragen worden war. In diesem Vertrag verpflichtete sich der Beteiligte als Übernehmer, ohne schriftliche Zustimmung seiner Mutter bzw. nach deren Ableben ohne Zustimmung von B. v. H., deren Ehemann, - jeweils zu deren Lebzeiten - nicht über das Vertragsobjekt zu verfügen, das heißt, dieses ganz oder teilweise zu veräußern oder zu belasten. Der Übernehmer bzw. dessen Erben sollten danach verpflichtet sein, das Vertragsobjekt zurück- bzw. an B. v. H. zu übertragen, wenn entweder der Beteiligte ohne schriftliche Zustimmung über das Vertragsobjekt verfügt oder über sein Vermögen das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Zwangsversteigerung angeordnet wird oder der Übernehmer vor dem Übergeber oder dessen Ehegatten verstirbt. Die Rückübertragung hatte nur auf Verlangen zu erfolgen. Dieses war notariell zu beurkunden und durch Zustellung einer Ausfertigung der Urkunde geltend zu machen. Der Rückübertragungsanspruch war nicht übertragbar und nicht vererblich. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs ist eine Vormerkung bewilligt und im Grundbuch eingetragen.

Die Mutter des Beteiligten und deren Ehemann sind inzwischen verstorben. Unter dem 3.3.2011 hat der Beteiligte im eigenen Namen und in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des letztverstorbenen Ehemannes Löschung des Rechts beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 15.3.2011 unter anderem Frist zur Darlegung der Entgeltlichkeit bzw. Zustimmung der Erben gesetzt. Der hiergegen eingelegten Beschwerde hat das Grundbuchamt insoweit mit Beschluss vom 19.4.2011 nicht abgeholfen und dazu ausgeführt, dass die Wiederaufladbarkeit der Vormerkung zu berücksichtigen sei.

Die Löschung sei nur möglich, wenn die Vormerkung selbst - wie nicht - bedingt oder befristet sei. Sonst müsse die Löschung von allen Erben mit Erbnachweis nach § 35 GBO bewilligt werden. Da Testamentsvollstreckung angeordnet sei, müsse der Testamentsvollstrecker - der Beteiligte - bewilligen. Es fehle zusätzlich aber an Nachweisen für die Bewilligungsbefugnis. Das Testamentsvollstreckerzeugnis sei vorzulegen und eine Aussage des Testamentsvollstreckers sei notwendig, weshalb die unentgeltliche Verfügung nicht den Nachlass schmälere.

II.

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO auch gegen eine Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO; vgl. Senat vom 25.8.2011, 34 Wx 169/11, zitiert nach juris, m.w.N.) namens des Beteiligten zulässig erhobene Beschwerde hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.

1. Der Beteiligte hat die Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) sowohl als Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB) als auch als Eigentümer des belasteten Grundbesitzes abgegeben. Soweit er als Testamentsvollstrecker gehandelt hat, ist die Möglichkeit der Schmälerung des Nachlasses durch eine unentgeltliche Verfügung ausgeräumt (vgl. § 2205 Satz 3 BGB). Denn eine entgeltliche Verfügung ist regelmäßig dann hinreichend nachgewiesen, 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. Es genügt also auch eine privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht, nicht dagegen seine bloße Behauptung, die Verfügung sei entgeltlich (vgl. Demharter GBO 28. Aufl. § 52 Rn. 23 m. w. N.). In der Löschung einer bloßen Buchposition liegt keine unentgeltliche Verfügung. Der Beteiligte hat dargetan, dass die der Vormerkung zugrunde liegende Forderung nicht mehr besteht. Dies reicht grundsätzlich aus.

a) Trotzdem kann allein auf seine Bewilligung hin die Löschung nicht vorgenommen werden, da der Beteiligte als Testamentsvollstrecker nicht von der Beschränkung durch § 181 BGB befreit ist. Zwar gilt die Vorschrift des § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen, zu denen die Bewilligung gemäß § 19 GBO gehört, nicht unmittelbar. Es handelt sich nach nunmehr herrschender Meinung (vgl. Demharter § 19 Rn. 13 m.w.N.) um eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die deshalb grundsätzlich nur verfahrensrechtlichen, nicht aber sachlich-rechtlichen Vorschriften unterliegt. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für rechtsgeschäftliche Erklärungen können daher nicht unmittelbar, sondern allenfalls entsprechend angewandt werden. Insbesondere ist die Bewilligung von den zum Eintritt einer Rechtsänderung notwendigen sachlich-rechtlichen Erklärungen zu unterscheiden, wenn auch die eine in der anderen enthalten sein kann. Entspricht somit die Eintragungsbewilligung nicht der wahren Rechtslage, wird das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig (vgl. Demharter § 19 Rn. 17). Das bedeutet nicht, dass die Wirksamkeit des Grundgeschäfts und die Wirksamkeit eines etwaigen Verzichts auf das Recht von Amts wegen nachzuprüfen wäre. Auch wenn das Grundbuchamt nicht daran mitwirken darf, dass das Grundbuch unrichtig

wird, darf es ohne entsprechende Anhaltspunkte grundsätzlich nicht die Wirksamkeit des materiellen Geschäfts in Frage stellen.

b) Prüfen muss das Grundbuchamt aber, ob der Erklärende berechtigt ist, die Bewilligung für dritte Personen oder aufgrund eines Treuhandverhältnisses zwar im eigenen Namen, aber mit Wirkung für dritte Personen abzugeben, damit auch, ob bei Testamentsvollstreckung § 181 BGB entgegensteht. Denn das Verbot des Insichgeschäfts gilt für den Testamentsvollstrecker entsprechend (vgl. Palandt/Ellenberger BGB 71. Aufl. § 181 Rn. 3).

Allgemein wird bei amtsempfangsbedürftigen Erklärungen unterschieden, ob der Vertreter die Erklärung gegenüber sich selbst hätte abgegeben können, da er der Sache nach Erklärungsempfänger ist (vgl. z. B. für die Löschung eines Grundpfandrechts BGH NJW 1980, 1577). Dies ist der Fall, wenn die Aufgabeerklärung sowohl dem Grundstückseigentümer als auch dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben werden kann (§ 875 BGB). Dann macht es keinen Unterschied, ob gleichsam zufällig die Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder gegen den Vertreter selbst in dieser Eigenschaft abgegeben wird (vgl. BGH NJW 1980, 1577). Der Bundesgerichtshof hat in der angeführten Entscheidung auch die Wirksamkeit der Bewilligung von der materiellrechtlichen Wirksamkeit abhängig gemacht.

Unanwendbar soll § 181 BGB hingegen sein, wenn das Gericht nicht nur formell, sondern auch der Sache nach Erklärungsempfänger ist (vgl. Palandt/Ellenberger § 181 Rn. 13 m.w.N.). Sieht man die Bewilligung als rein verfahrensrechtliche Erklärung an, wird dies, von Fällen wie denen in §§ 875, 876, 1168, 1183 BGB abgesehen, grundsätzlich der Fall sein. Allerdings wird außer dem Grundbuchamt als Adressat der Eintragungsbewilligung auch derjenige angesehen werden müssen, zu dessen Gunsten die Eintragungsbewilligung abgegeben wird, und zwar auch bei Bewilligung der Vormerkung sowie hinsichtlich der Bewilligung eines mittelbar Betroffenen (vgl. Demharter § 19 Rn. 26). Dies folgt aus dem mit der Eintragungsbewilligung verfolgten Verfahrenszweck, eine Grundbucheintragung zugunsten einer bestimmten Person zu bewirken. § 181 BGB gilt hiernach auch dann, wenn eine Erklärung zwar gegenüber einer staatlichen Stelle abgegeben werden kann, sie der Sache nach aber an eine Privatperson gerichtet ist (vgl. z. B. Staudinger/Schilken BGB Neubearb. 2009 § 181 Rn. 40; RGZ 143, 350/352 f.; a.A. wohl BayObLGZ 1951, 456; LG Saarbrücken vom 20.10.2008, 5 T 469/08, zitiert nach juris, zu Eintragungen im Binnenschiffregister). Der Schutzzweck des § 181 BGB kann somit grundsätzlich bei der Abgabe grundbuchverfahrensrechtlicher Erklärungen Bedeutung erlangen (vgl. z. B. LG Karlsruhe MittBayNot 2008, 382 mit Anm. Kössinger).

c) Der Beteiligte verfügt hier über eine Grundbuchposition zu seinen Gunsten. Auch wenn die Bewilligung nicht dazu führen kann, dass eine Auflassungsvormerkung erlischt, wenn diese in Wirklichkeit noch besteht, verfügt er doch - zu seinen Gunsten - als Testamentsvollstrecker über eine fremde Buchposition. Dies würde zwar als Ausnahme von § 181 BGB die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit darstellen, wenn ein durch die Vormerkung gesicherter Anspruch nicht besteht. Gerade dies ist aber vom Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen (vgl. Demharter § 19 Rn. 19) und nicht nachgewiesen (siehe im Folgenden zu 2.). Da es um die Berechtigung zur Abgabe der Bewilligung geht, genügt nicht die schlüssige Darlegung.

2. Der Beteiligte hat auch als Eigentümer Antrag auf Berichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO gestellt. Insoweit bestehen die vom Grundbuchamt angenommenen Hindernisse.

a) Die Löschung findet statt, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist und zwar in der Form des § 29 GBO (vgl. Demharter § 22 Rn. 42). Der Beteiligte als Eigentümer muss also zunächst nachweisen, dass die durch die Vormerkung gesicherte Forderung erloschen ist. Des Nachweises durch öffentliche Urkunden bedarf es nicht, soweit die Löschungsvoraussetzungen beim Grundbuchamt offenkundig sind (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Das ist bei der Forderung, wie sie in der ursprünglichen Fassung gesichert ist, der Fall. Ihr Erlöschen ergibt sich aus der in Bezug genommenen notariellen Urkunde vom 2.8.1993. Mit dem dort beurkundeten Vertrag wurde dem Beteiligten Grundbesitz zu Alleineigentum übertragen. Gleichzeitig verpflichtete sich der Beklagte, nicht über das Vertragsobjekt zu verfügen und unter bestimmten Voraussetzungen an den Übergeber und nach dessen Ableben an B. von H. (zurück-) zu übertragen. Der (Rück-) Übertragungsanspruch war nicht übertragbar und vererblich. Eine Einschränkung dahin, dass dies nach Geltendmachung des Anspruchs anders sein sollte, ist nicht getroffen. Zur Sicherung des Anspruchs wurde die gegenständliche Vormerkung eingetragen. Dem Grundbuchamt ist auch bekannt, dass sowohl die Übergeberin als auch B. von H. verstorben sind. Damit steht fest, dass der nicht übertragbare und nicht vererbliche Rückübertragungsanspruch nicht mehr existiert.

b) Die Löschung der Eigentumsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ist aber nur möglich, wenn auch ausgeschlossen ist, dass eine erloschene Vormerkung nicht zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet wurde, der auch andere Voraussetzungen haben kann (zum "Aufladen einer Vormerkung" vgl. BGHZ 143, 175; BGH NJW 2008, 578, OLG Schleswig FGPrax 2010, 282). Nach derzeit überwiegender Meinung ist eine Berichtigung undurchführbar, wenn eine derartige "Aufladung" nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2010, 282; 2011, 72; OLG Köln FGPrax 2010, 14; OLG Frankfurt vom 13.4.2011, 20 W 126/11, bei juris).

c) Allerdings kann auch im Grundbuchverfahren ausnahmsweise nach dem Zusammenhang der Umstände hinreichend sicher festgestellt werden, dass der Anspruch erloschen und die Vormerkung nicht durch Vereinbarung eines anderen Anspruchs auf dieselbe Leistung "aufgeladen" worden ist (vgl. OLG Hamm DNotZ 2011, 691; offen gelassen von OLG Frankfurt aaO.). Dabei wird diese Möglichkeit teilweise auf Fälle beschränkt, in denen allenfalls die theoretische und ganz entfernte Möglichkeit besteht, dass der gesicherte Anspruch durch eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgetauscht worden ist (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2011, 72).

d) Zahlreiche nicht offenkundige Tatsachen, die nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müssten, lassen sich in dieser Form nicht oder höchstens durch Urteil nachweisen. Dies wird vor allem bei negativen Tatsachen oft der Fall sein. Ein Nachweis, dass eine bestimmte Vormerkung nicht wieder "aufgeladen" wurde, erscheint logisch als unmöglich (vgl. Demharter § 29 Rn. 63). Der Zwang, entfernte Möglichkeiten durch formgerechten Nachweis auszuschließen, würde in der Mehrzahl der Fälle zu leerem Formalismus führen und einen geordneten Geschäftsverkehr unnötig erschweren (BGH Rpfleger 1985, 234), insbesondere wenn ausgeschlossen werden soll, dass

ein anderes Recht nicht nur begründet, sondern auch der eingetragenen Vormerkung unterlegt worden ist. Zwar hat der Antragsteller in der Form des § 29 GBO lückenlos alles auszuräumen, was der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen könnte (vgl. z.B. Bay ObLGZ 1985, 225/228; Hügel/Holzer GBO 2. Aufl. § 22 Rn. 59 m.w.N.). Bloße Vermutungen und abstrakte Missbrauchsgefahren könnten einen einmal erbrachten Beweis nicht erschüttern (vgl. OLG Zweibrücken MittBayNot 2000, 110). Der urkundliche Beweis, dass eine solche Forderung nicht begründet wurde, ist zweifelsohne hier nicht erbracht.

e) Das Grundbuchamt - bzw der Tatrichter des Beschwerdegerichts (§ 74 GBO) - darf jedoch dort, wo ein formgerechter Nachweis möglich ist, nicht davon absehen, diesen zu verlangen, weil es im einzelnen Fall von der Richtigkeit des Vorbringens überzeugt ist (BayObLGZ 1986, 208/211). Eine freie Beweiswürdigung, wie sie dem Tatrichter im Prozessverfahren ohne weiteres möglich wäre, ist im Grundbuchverfahren mit seiner besonderen Formstrenge grundsätzlich nicht zulässig. Ein formgerechter Nachweis erscheint hier tatsächlich zwar unmöglich, doch könnte der Beteiligte eine Löschung der Vormerkung etwa durch die Vorlage von Bewilligungen der Erben erwirken. Dies stünde im Ergebnis dem formgerechten Nachweis gleich. Dass dies mit Aufwand und Kosten verbunden ist, ist angesichts der gerade im Grundbuchverfahren im Vordergrund stehenden Rechtssicherheit in Kauf zu nehmen (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2010, 282). Die Berichtigung auf Nachweis und die Berichtigungsbewilligung führen in diesem Fall zum selben Ergebnis.

f) Offen kann vorliegend bleiben, wo die Grenze zum sicheren Ausschluss der "Wiederaufladung" zu ziehen ist, insbesondere wann diese Möglichkeit nur unwahrscheinlich und wann lediglich theoretisch ist. Auch die Rechtsprechung lässt als Nachweis dafür, dass die Vormerkung keinen deckungsgleichen anderen Anspruch sichert, nicht die bloße Unwahrscheinlichkeit genügen (etwa OLG Hamm DNotZ 2011, 691). Abgestellt wird überwiegend vielmehr darauf, ob eine rechtsgeschäftliche "Aufladung" ernsthaft in Betracht zu ziehen ist. Dies entspricht der herrschenden Meinung, wonach ganz entfernt liegende rein theoretische Möglichkeiten nicht zu berücksichtigen sind. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass der Anspruch, mit dem die Vormerkung "aufgeladen" worden sein könnte, zwar deckungsgleich sein, aber sonst nichts mit dem ursprünglich gesicherten Anspruch zu tun haben muss. Auch wenn kein Grund erkennbar ist, weshalb die bestehende Vormerkung für einen anderen Anspruch verwendet werden sollte, so besteht doch ein weites Feld nicht überschaubarer Lebenssachverhalte, die zu einem Austausch der gesicherten Forderung geführt haben könnten. Dabei darf auch die Möglichkeit nicht übersehen werden, dass der ursprüngliche Anspruch lediglich modifiziert, um weitere Entstehensgründe erweitert oder vererblich oder übertragbar gestellt worden sein kann. Mag in dem der Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig (FGPrax 2011, 72) zugrunde liegenden Fall nach Erfüllung des ursprünglich gesicherten Anspruchs tatsächlich die Möglichkeit einer Aufladung mit einem Anspruch des bereits eingetragenen Eigentümers auf Übereignung rein theoretisch sein, so kann dies hier nicht angenommen werden. Die bloße Wahrscheinlichkeit genügt zum Unrichtigkeitsnachweis aber nicht (vgl. Senat vom 18.11.2011, 34 Wx 425/11, dort zum Erlöschen der ursprünglich gesicherten Forderung).

III.

Der Beschwerdewert ergibt sich aus § 131 Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

IV.

Zur Fortbildung des Rechts ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen (§ 78 Abs. 2 Satz 2 GBO). Denn dies erscheint angesichts der ungeklärten Frage erforderlich, ob und unter welchen Umständen die mögliche "Aufladung" der Vormerkung im Grundbuchverfahren einer Berichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis entgegensteht.