

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 175985****letzte Aktualisierung: 15. Mai 2020****GBO §§ 22, 29, 52****Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks; Anforderungen an den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit bei Wegfall des Testamentsvollstreckers; Anordnung der Testamentsvollstreckung durch privatschriftliches Testament****I. Sachverhalt**

Frau M ist am 1.10.1988 verstorben. Sie hinterließ ein notarielles Testament, in dem sie ihre fünf Kinder zu Erben einsetzte und Vermächtnisse und Teilungsanordnungen anordnete. In einem weiteren handschriftlichen Testament vom 27.1.1988 ordnete sie an: „Ich Frau M. bestimme Herrn G. zu meinem Testamentsvollstrecker“. Weitere Bestimmungen sind im handschriftlichen Testament nicht enthalten. Die beiden Söhne A und B erhielten im Rahmen der Erbaus-einandersetzung das Grundstück in der M. Straße als Miteigentümer zu gleichen Teilen. Im Grundbuch sind A und B als Miteigentümer zu gleichen Teilen eingetragen. Im Grundbuch ist ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen. Ferner ist ein Nacherbenvermerk eingetragen, der bestehen bleiben soll. Der Testamentsvollstrecker ist im Jahr 2013 verstorben. Im Testament finden sich keine Ausführungen zur Benennung eines Ersatztestamentsvollstreckers oder zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers.

Es wurde beantragt, den Testamentsvollstreckervermerk zu löschen unter Vorlage einer Sterbe-urkunde. Das Grundbuchamt lehnt die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ab.

Das Grundbuchamt vertritt die Auffassung, dass gemäß § 2225 BGB das Amt des Testaments-vollstreckers erlischt, wenn dieser stirbt. Vom Erlöschen des Amtes als Testamentsvollstrecker zu unterscheiden sei das Erlöschen der Testamentsvollstreckung insgesamt. Es könne kon-kludent die Anordnung einer Ersatztestamentsvollstreckung im obigen Testament enthalten sein. Zur Löschung sei entweder ein Erbschein, in dem die Testamentsvollstreckung nicht mehr genannt ist, oder ein rechtskräftiger Beschluss des Nachlassgerichts, dass ein Bedürfnis für die Benennung eines Ersatztestamentsvollstreckers nicht bestehe, vorzulegen. Das zuständige Nachlassgericht teilte schriftlich mit, dass der eingesetzte Testamentsvollstrecker sein Amt bereits im Jahr 2008 niedergelegt habe. Das Nachlassgericht lege das Testament vom 27.1.1988 auch nicht dahingehend aus, dass dieses ein Ersuchen an das Nachlassgericht enthält, bei Weg-fall des benannten Testamentsvollstreckers einen Ersatztestamentsvollstrecker zu benennen. Für einen Beschluss, wie vom Grundbuchamt verlangt, fehle die Rechtsgrundlage. Das Grund-buchamt lehnt die Löschung auch aufgrund des Schreibens des Nachlassgerichts ab. Notfalls müsse ein Erbschein vorgelegt werden. Die Beteiligten möchten aus Kostengründen keinen Erbschein erteilen lassen.

II. Fragen

Welche Anforderungen sind an die Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks wegen offensichtlicher Unrichtigkeit zu stellen?

III. Zur Rechtslage

1. Die Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks erfolgt außerhalb des Amtslöschungsverfahrens nach §§ 84 ff. GBO grundsätzlich nur auf Antrag nach §§ 13, 22 GBO, wenn die **Unrichtigkeit des Grundbuchs** i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen ist.

Die zur Grundbuchunrichtigkeit führende **materiell-rechtliche Beendigung** der Testamentsvollstreckung kann sich dabei u. a. aus folgenden Umständen ergeben (ausf. Darstellung etwa bei Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rn. 81):

- Eintritt einer vom Erblasser angeordneten **auflösenden Bedingung**/Ablauf einer **Befristung**;
 - **Erledigung aller** dem Testamentsvollstrecker obliegenden **Aufgaben** (insbesondere vollständige Auseinandersetzung zwischen den Miterben, wenn lediglich Abwicklungsvollstreckung angeordnet ist);
 - **Beendigung des Amtes** des Testamentsvollstreckers durch Tod (§ 2225 BGB), Amtsunfähigkeit (§§ 2225, 2201 BGB), Amtsniederlegung (§ 2226 BGB) oder Entlassung (§ 2227 BGB), **wenn** kein weiterer Testamentsvollstrecker vorhanden ist, der Erblasser für diesen Fall **keine Ersatzbestimmungen** getroffen, insb. keine Ersuchen an das Nachlassgericht (§ 2200 Abs. 2 BGB) gerichtet hat.
 - **Bei Anordnung einer Verwaltungsvollstreckung** kann die Beendigung der Testamentsvollstreckung gem. § 2210 BGB ferner durch Ablauf der dort geregelten 30-jährigen Höchstfrist eintreten.
 - Daneben kann sich die materiell-rechtliche Unrichtigkeit des Grundbuchs insbesondere dann ergeben, wenn der Testamentsvollstrecker den betreffenden Grundbesitz gemäß § 2217 BGB von der Testamentsvollstreckung freigegeben und damit ausdrücklich aus seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entlassen hat oder der betreffende Grundbesitz durch wirksame Veräußerung aus dem Nachlassvermögen ausgeschieden ist (vgl. BGH NJW 1971, 1805, 1807).
2. **Verfahrensrechtlich** sind an die Führung des **Unrichtigkeitsnachweises** nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich **strenge Anforderungen** zu stellen; ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit reicht nicht. Hiernach obliegt es dem Antragsteller, sämtliche Umstände gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen, welche die Unrichtigkeit der Eintragung begründen und zudem lückenlos alle nicht ganz entfernt liegenden Möglichkeiten ausräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegenstehen können (KG, Beschl. v. 26.2.2004, BeckRS 2004, 05188).

Der Nachweis ist dabei in der **Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO** zu führen und damit durch **öffentliche Urkunde**, soweit die nachzuweisende Tatsache für das Grundbuchamt nicht **offenkundig** ist (vgl. etwa Bengel/Dietz, in: Bengel/Reimann, Hdb. Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn. 154; Weidlich, MittBayNot 2007, 513).

- a) Als Nachweismittel kommen dabei zunächst der vom Grundbuchamt verlangte **Erb-schein** ohne Hinweis auf eine Testamentsvollstreckung oder eine § 35 GBO entsprechende **in öffentlicher Urkunde enthaltende Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsniederschrift** in Betracht, **aus der sich die Beendigung ergibt** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3473, Fn. 27).

Daneben dürfte der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung auch über einen mit **Rechtskraftvermerk** versehenen **Beschluss des Nachlassgerichts** (§ 46 FamFG), aus dem sich die **Beendigung der Testamentsvollstreckung** zweifelsfrei ergibt, erbracht werden können. Denn auch hierbei handelt es sich um eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, die in Anbetracht der funktionellen Zuständigkeitsverteilung zwischen Grundbuchamt und Nachlassgericht uneingeschränkt geeignet ist, die Beendigung der Testamentsvollstreckung zur vollen Überzeugung des Grundbuchamts nachzuweisen (zu diesem Maßstab vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3464).

Das **KG** hat dies ausdrücklich für einen Fall angenommen, in dem der Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses wegen Ablauf der Höchstfrist nach § 2210 S. 1 BGB rechtskräftig zurückgewiesen worden war (KG NJW-RR 2015, 787).

Entsprechendes dürfte u. E. auch für einen Beschluss gelten, der den **Antrag auf Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers oder eines Pflegers anstelle des unbekannten Testamentsvollstreckers** zurückweist (zur streitigen Frage, nach welchen Vorschriften die Pflegerbestellung für einen persönlich unbekannten oder ungewissen Testamentsvollstrecker erfolgen kann, vgl. etwa BeckOGK-BGB/Grotheer, 1.3.2020, § 2197 Rn. 57-59 m. w. N.). Denn auch in diesen Fällen läge eine Entscheidung des Nachlassgerichts vor, die den Fortbestand der Testamentsvollstreckung zum Gegenstand hat.

Auch die Herbeiführung eines entsprechenden Beschlusses des Nachlassgerichts würde jedoch Kosten auslösen, die vorliegend gerade vermieden werden sollen.

- b) Fraglich ist, ob der Eintritt der vorliegend in Betracht kommenden Beendigungsgründe in tauglicher Form nicht auch **auf anderem Weg** nachgewiesen werden kann.

Danach kommt vor allem die Beendigung wegen des Versterbens des Testamentsvollstreckers sowie wegen der vollständigen Aufgabenerledigung in Betracht.

Das **Versterben** an sich dürfte ohne Weiteres nachweisbar sein mittels der vorliegenden Sterbeurkunde, bei der es sich auch um eine öffentliche Urkunde handelt (vgl. Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 81). Da die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes durch den Tod des Testamentsvollstreckers jedoch nur eintritt, wenn keine Ersatzbestimmungen getroffen sind (s. o.), bedarf es außerdem des Nachweises, dass solche Ersatzbestimmungen vom Erblasser eben nicht getroffen worden sind. Da vorliegend die Testamentsvollstreckung jedoch in einem privatschriftlichen Testament angeordnet worden ist, dürfte ein solcher Nachweis mit den heute zur Verfügung stehenden Mitteln nicht zu führen sein, denn bei diesem Testament handelt es sich schließlich nicht um eine öffentliche Urkunde (vgl. dazu etwa Schöner/Stöber, Rn. 3473; Bengel/Dietz, in: Bengel/Reimann, Rn. 156, 159, die auch beim Vorliegen einer notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen, mit welcher die Testaments-

vollstreckung angeordnet und ausgestaltet wird, einen Erbschein nur dann entsprechend § 35 GBO für entbehrlich halten, wenn sich die Erbrechtslage aus den beurkundeten Verfügungen ausreichend deutlich ergibt).

Entsprechendes dürfte u. E. für den **Nachweis der Erledigung der dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben** gelten. Denn auch hier können die dem Testamentsvollstrecker zugewiesenen Aufgaben nur unter Heranziehung (auch) des Testaments ermittelt werden, mit welchem die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Da dieses keine öffentliche Urkunde ist, scheitert insofern ein Nachweis in der Form des § 29 GBO.

Ausnahmen vom Grundsatz der strengen Formanforderungen aus § 29 GBO dürften vorliegend nicht in Betracht kommen. Dies wird für den Bereich der Löschung von Testamentsvollstreckervermerken allenfalls vertreten, wenn es um den Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers geht und dort insb. damit begründet, dass diese durch öffentliche Urkunden in der Regel gar nicht nachweisbar ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.10.2019 - I-3 Wx 99/19, BeckRS 2019, 33579; Schaub in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 52 Rn. 99 i. V. m. 85ff. und im Allg. Rn. 175 ff.; Bengel/Dietz, in: Bengel/Reimann, Rn. 154 m. w. N.). Im vorliegenden Fall besteht jedoch gerade keine solche **Beweisnot**, da es den Beteiligten offensteht, den Nachweis durch Beantragung eines neuen Erbscheins zu führen. Reine Kosten-erwägungen können insofern keine Rolle spielen.

Es dürfte auch nicht etwa anzunehmen sein, dass die maßgebliche Erbrechtslage für das Grundbuchamt bereits **offenkundig** i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO wäre. Offenkundigkeit in diesem Sinne ist anzunehmen, wenn die jeweilige Tatsache gerichtskundig ist, also dem jeweiligen Rechtspfleger oder Richter allgemein bekannt ist (z. B. wissenschaftliche Wahrheiten, Daten, Fakten der Weltgeschichte) oder bei dem Gericht aktenkundig ist, was wiederum voraussetzt, dass die Tatsache in den Akten selbst zu Entstehung gelangt bzw. in einer bewirkenden Urkunde enthalten ist (dazu eingehend Bayer/Meier-Wehrsdorfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 29 Rn. 173 f.). Dies kann jedoch grundsätzlich nicht dazu führen, dass einem privatschriftlichen Testament nur wegen der Tatsache, dass es sich in den Gerichtsakten befindet, im Ergebnis die gleichen Wirkungen zuerkannt werden, wie einem in öffentlicher Urkunde errichtetem Testament. Ansonsten wäre der Grundsatz der Formstrenge aus § 35 GBO bzw. § 29 GBO praktisch wirkungslos. Vorliegend ist aus den Akten zwar auch ersichtlich, dass das Nachlassgericht in einer formlosen Erklärung die Auffassung geteilt hat, dass die Testamentsvollstreckung beendet sei. Aktenkundig ist dadurch aber eben nur genau diese formfreie Erklärung des Nachlassgerichts geworden sowie die Tatsache, dass ein solches privatschriftliches Testament existiert; nicht offenkundig oder aktenkundig ist aber die durch Auslegung des Testaments zu ermittelnde Rechtslage als solche (vgl. dazu Bayer/Meier-Wehrsdorfer, in: Bauer/Schaub, § 29 Rn. 174).

- c) Mithin dürfte **im Ergebnis** zunächst davon auszugehen sein, dass mit den bisher bekannten und verfügbaren Mitteln eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nicht zu erreichen sein wird.
- d) Ergänzend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass im Einzelfall die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks auch in Betracht kommen kann, wenn der Testamentsvollstrecker den betreffenden Grundbesitz **gemäß § 2217 BGB von der Testamentsvollstreckung freigegeben** hat (s. o.) und dies in der **Form des § 29**

GBO erfolgt ist. Eine solche Freigabe kann u. U. auch in der Erfüllung eines Vermächtnisses/einer Teilungsanordnung liegen (Auslegungsfrage).