

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 117; BGB § 878 – Insolvenz des Verkäufers und Vollzug der Eigentumsumschreibung bei beurkundungsrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Lösung hinsichtlich der Auflassung

BGB §§ 1896, 167, 2113; GBO § 40 – Transmortale Vollmacht; Vertretung der Erbeserben bei vom Erben angeordneter Vor- und Nacherbfolge; transmortale Vollmacht nach Grundbuchberichtigung; Voreintragung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG §§ 6, 9 Abs. 1 S. 2, 13a – Wirksamkeit bei Verweis auf Urkunde mit materiell-rechtlich unwirksamen Erklärungen

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 117; BGB § 878

Insolvenz des Verkäufers und Vollzug der Eigentumsumschreibung bei beurkundungsrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Lösung hinsichtlich der Auflassung

I. Sachverhalt

In der notariellen Praxis werden in Grundstückskaufverträgen vor allem zwei verschiedene Gestaltungen gewählt, um die Eigentumsumschreibung für den Käufer abzusichern: Die sog. beurkundungsrechtliche Lösung (Ausfertigungssperre) und die sog. verfahrensrechtliche Lösung (Bevollmächtigung), die mit einer Bevollmächtigung des Notars zur Abgabe der Eintragungsbewilligung nach Nachweis der Kaufpreiszahlung operiert.

II. Frage

Was gilt – in Bezug auf die beurkundungsrechtliche sowie die verfahrensrechtliche Lösung – mit Blick darauf, dass nach § 117 Abs. 1 InsO eine vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmacht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen insoweit erlischt, als sie sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht? Kann der Notar auch im Fall der Insolvenz des Verkäufers die Eigentumsumschreibung für den Käufer noch herbeiführen?

III. Zur Rechtslage

1. Modelle zur Absicherung der Eigentumsumschreibung

Wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung nach § 925 Abs. 2 BGB kann diese nicht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung erklärt werden. Andernfalls wäre sie unwirksam. Um den Käufer hinsichtlich der Kaufpreiszahlung dennoch vor einer ungesicherten Vorleistung zu schützen, sind in der notariellen Praxis derzeit im Wesentlichen zwei Modelle geläufig (hierzu statt aller Krauß, in: Beck'sches

Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A I Rn. 453 ff. und nunmehr – beide gängigen Modelle billigend – BGH NJW 2018, 3523 Tz. 20):

Einerseits wird die **beurkundungsrechtliche Lösung** der Vollzugs- und Ausfertigungssperre gewählt. Hier wird neben der Auffassung und dem Antrag auf Eigentumsumschreibung auch die entsprechende Eintragungsbewilligung anlässlich des Kaufvertrags bereits mitbeurkundet. Die Beteiligten weisen jedoch den Notar in der Urkunde nach § 53 BeurkG übereinstimmend an, vor Nachweis der Kaufpreiszahlung weder die Eigentumsumschreibung zu beantragen, noch dem Käufer oder dem Grundbuchamt eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auffassung enthält.

Andererseits wird die **verfahrensrechtliche Lösung** gewählt. Hier wird neben der Auffassung die Eintragungsbewilligung anlässlich des Kaufvertrages noch nicht mitbeurkundet. Die Beteiligten stellen dies ausdrücklich klar. Stattdessen weisen die Beteiligten den Notar an, die Eintragung des Eigentumswechsels durch Eigenurkunde zu bewilligen, sobald ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist. Die Eigenurkunde ist dann Bestandteil des gesiegelten Antrags Schreibens für den Endvollzug beim Grundbuchamt.

In jüngster Vergangenheit wurde zudem vorgeschlagen, eine **aufschiebend bedingte Bewilligung** zu beurkunden. Die Bedingung soll eintreten, wenn der Notar die Eigentumsumschreibung im Namen des Veräußerers oder des Erwerbers in notarieller Eigenurkunde beantragt (Weber/Wesiack, DNotZ 2019, 164, 172; diesen Vorschlag aufgreifend Krauß, notar 2019, 298, 302).

2. Auswirkungen der Verkäuferinsolvenz auf die Bewilligungsvollmacht

Die verfahrensrechtliche Lösung arbeitet für die Eintragungsbewilligung nach dem Ausgeführten mit einer Vollmacht an den Notar, von der dieser erst noch Gebrauch machen muss. Wird jedoch über das Vermögen des Verkäufers das Insolvenzverfahren eröffnet, so erlöschen von ihm erteilte Vollmachten, die sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen beziehen, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 117 Abs. 1 InsO). Dieses Erlöschen von Vollmachten nach § 117 Abs. 1 InsO betrifft grundsätzlich Vollmachten aller Art (Überblick bei Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 1 ff.; s. auch Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl. 2019, § 117 Rn. 3 ff.; MünchKommInsO/Ott/Vuia, 3. Aufl. 2013, § 117 Rn. 7 ff.).

Allerdings wird die Anwendbarkeit der §§ 116, 117 InsO auf die Vollzugstätigkeit des Notars nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO bzw. § 53 BeurkG teilweise unter Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur der notariellen Tätigkeit bestritten (Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, § 7 Rn. 11 f., 14) Dazu wird auch auf vormalige Rechtsprechung des RG rekuriert, wonach der heutige § 116 InsO, der das Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen durch die Insolvenzverfahrenseröffnung bestimmt, auf die „amtliche Tätigkeit der preußischen Notare“ unanwendbar sei (RGZ 85, 409, 413 f.; 95, 214, 217). Von diesem Standpunkt hat sich später das BayObLG distanziert: Das Erlöschen von Vollmachten nach § 117 Abs. 1 InsO gelte auch für die einem Urkundsnotar erteilte Vollmacht, etwa jener zur Stellung eines Löschantrags (hierzu BayObLG NZI 2004, 499, 500; MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 117 Rn. 8 a. E.). Im Anschluss hieran hat kürzlich das OLG München (in anderem Zusammenhang) wiederum angenommen, dass das Erlöschen von Vollmachten durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers nach § 117 Abs. 1 InsO auch die dem Notar bei der verfahrensrechtlichen Lösung erteilte Vollmacht zur Erklärung der Eintragungsbewilligung und Stellung des Eintragungsantrags betreffe (OLG München MittBayNot 2018, 586 Tz. 30 ff.).

U. E. ist diese neuere Rechtsprechung trotz der damit verbundenen Einbuße an insolvenzfesten Gestaltungsmöglichkeiten wertungsmäßig überzeugend: Aus der öffentlich-rechtlichen Natur der Amtstätigkeit des Notars folgt nicht zwingend, dass auch die vom späteren *Insolvenzschuldner* durch *einseitige Erklärung* an den Notar erteilte Vollmacht zur Durchführung eines privatrechtlichen Kaufvertrages ihrerseits öffentlich-rechtlicher Natur ist. Auch wenn man Letzteres annimmt, wäre weiter zu begründen, wieso eine ansonsten im öffentlichen Recht vielfach angeordnete analoge Anwendung privatrechtlicher Grundsätze (etwa durch § 62 VwVfG zum öffentlich-rechtlichen Vertrag) hier zum Nachteil der durch § 117 InsO geschützten Insolvenzgläubiger ausscheiden soll. Ungeachtet der Einwände gegen die Richtigkeit der genannten Entscheidung des OLG München aus anderen Gründen (Lautner, MittBayNot 2018, 591, 591 f.) ist jedenfalls die hier interessierende Frage des Erlöschens von Notarvollmachten durch die neueren, § 117 Abs. 1 InsO anwendenden Judikate nach unserer Einschätzung für die Praxis entschieden. Ist über das Vermögen des Verkäufers das Insolvenzverfahren mit der Folge des § 80 Abs. 1 InsO eröffnet, so ist ein Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch aufgrund der noch zu erstellenden Eigenurkunde des Notars also nicht mehr möglich.

3. Auswirkungen der Verkäuferinsolvenz auch bei Wahl der beurkundungsrechtlichen Lösung

Im Ergebnis wird dieses **Vollzugsproblem** bei Wahl der *beurkundungsrechtlichen Lösung* der Vollzugs- und Ausfertigungssperre jedoch nach unserer Einschätzung **nicht gelöst**. Hier sind neben der Auffassung zwar auch Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag schon gemeinsam mit dem Kaufvertrag mitbeurkundet. Um den Verkäufer vor einer ungesicherten Vorleistung zu sichern, werden beide freilich aufgrund übereinstimmender Weisung der Parteien an den Notar noch nicht an das Grundbuchamt eingereicht, ehe die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (§ 53 BeurkG).

Hier ist der Vollzug der Eigentumsumschreibung auf den Käufer bei vorzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers ohne weitere Voraussetzungen ebenfalls nicht möglich: Grundsätzlich müssen nämlich die **Wirksamkeitsvoraussetzungen** für eine Verfügung noch im Zeitpunkt der **Vollendung des Rechtserwerbs** gegeben sein, also im Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels durch das Grundbuchamt (§ 873 Abs. 1 BGB; BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2019, § 878 Rn. 2; Staudinger/C. Heinze, BGB, 2018, § 878 Rn. 1). § 878 BGB macht von diesem Grundsatz nur für den Fall eine Ausnahme, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn gem. § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt worden ist. Zwar wird bei beiden hier vorgestellten Lösungen die dingliche Einigung i. S. v. § 873 Abs. 1 BGB bereits mitbeurkundet, sodass die Beteiligten gem. § 873 Abs. 2 Var. 1 BGB hieran gebunden sind. Jedoch fehlt auch bei der beurkundungsrechtlichen Lösung für das Eingreifen des Schutzes des § 878 BGB die Stellung des Antrags auf Eintragung beim Grundbuchamt. Es entspricht im Ergebnis allgemeiner Auffassung, dass der **Eintragungsantrag** hinsichtlich der Eigentumsumschreibung i. S. v. § 878 BGB, § 91 Abs. 2 InsO **noch nicht gestellt** ist, wenn der Notar erkennbar ausschließlich die Eintragung der Auflassungsvormerkung beantragt und nur in diesem Zusammenhang die Vertragsurkunde mit den auf Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch gerichteten Anträgen der Vertragsparteien vorlegt (OLG Naumburg FGPrax 2015, 61, 63; OLG Hamm Rpfleger 1973, 305; OLG Köln KTS 1968, 245, 249; Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 878 Rn 14; Staudinger/C. Heinze, § 878 Rn. 41 m. w. N.). Sind also Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag bereits beurkundet, ist zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers jedoch der Antrag auf Eigentumsumschreibung mangels Kaufpreiszahlung noch nicht beim Grundbuchamt

gestellt worden, so ist die bereits beurkundete Eintragungsbewilligung nebst Eintragungsantrag gleichfalls nicht mehr für den Vollzug der Eigentumsumschreibung tauglich. Übrigens hindert das Nichteingreifen von § 878 BGB auch den ungehinderten Vollzug der Eigentumsumschreibung bei der verfahrensrechtlichen Lösung, jedoch nur neben dem schon für sich genommen entscheidungstragenden Erlöschen der Notarvollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO.

4. Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse

Ein Unterschied kann sich jedoch ergeben, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück aus der Insolvenzmasse freigibt. Ob eine Bewilligungsvollmacht nach Freigabe durch den Insolvenzverwalter wiederauflebt, erscheint indes mehr als zweifelhaft (Weber/Wesiack, DNotZ 2019, 164, 167). Das OLG München hat dies in jüngster Vergangenheit mit der h. M. verneint (OLG München MittBayNot 2018, 586, Tz. 36 m. w. N.). Die beurkundungsrechtliche Lösung kann also über die Abwicklungsschwierigkeiten im Falle der Insolvenz des Veräußerers nicht vollständig hinweghelfen, bietet jedoch im Falle der Freigabe des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter Vorteile. Dies dürfte gleichfalls für die neuerdings vorgeschlagene Lösung mit aufschiebend bedingter Bewilligung gelten (Weber/Wesiack, DNotZ 2019, 164, 174). Allen Lösungen ist jedoch gemein, dass die Mitwirkung des Insolvenzverwalters in irgendeiner Form (sei es durch erneute Abgabe der Eintragungsbewilligung, sei es durch Freigabe des Grundstücks) erforderlich ist.

5. Absicherung durch Vormerkung

Die entscheidende Absicherung des Käufers gegenüber der Insolvenz des Verkäufers liegt deswegen in allen Fällen – also sowohl bei der beurkundungsrechtlichen als auch der verfahrensrechtlichen Lösung (und gleichermaßen bei der neuerdings vorgeschlagenen aufschiebend bedingten Bewilligung) – in der Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach § 883 BGB. Die Vormerkung macht auch Verfügungen durch den Insolvenzverwalter unwirksam, soweit sie den durch Vormerkung gesicherten Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB). Folgerichtig kann der durch Vormerkung gesicherte Käufer im Fall der Insolvenz des Verkäufers für seinen Anspruch auf Eigentumsübertragung Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO). An der Unverwertbarkeit der bereits vorliegenden Erklärung für den Grundbuchvollzug der Eigentumsumschreibung ändert § 106 Abs. 1 S. 1 InsO in allen hier vorgestellten Fällen zwar nichts. Jedoch ist der Insolvenzverwalter nach dieser Bestimmung verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten so zu erfüllen, wie

es außerhalb des Insolvenzverfahrens der Schuldner tun müsste. Im Fall der Aufassungsvormerkung muss der Insolvenzverwalter folglich den Vormerkungsberechtigten dadurch das Eigentum an dem Grundstück verschaffen, dass er neuerlich die Aufassung gem. §§ 873 Abs. 1, 925 BGB erklärt und die erforderliche grundbuchrechtliche Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO abgibt (Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 28; MünchKommInsO/Ott/Vuia, § 106 Rn. 18).

In allen hier vorgestellten Fällen der Kaufvertragsgestaltung müsste also der Insolvenzverwalter notfalls (aufgrund von § 106 InsO erfolgreich) auf Abgabe der Aufassungserklärung verklagt werden. Praktisch dürfte es dazu freilich kaum kommen, weil der Insolvenzverwalter durch die Führung offensichtlich aussichtsloser Prozesse eine Masseverkürzung verschuldet, für die er grundsätzlich auch persönlich auf Schadensersatz haftet (§ 60 InsO; s. nur Uhlenbruck/Sinz, § 60 Rn. 14 ff.). Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass nur auf dem Weg der Durchsetzung des vormerkungsgesicherten Übereignungsanspruches nach § 106 InsO mittels neuerlicher beiderseitiger Erklärung der Aufassung, aber in keinem Fall aufgrund der mangels Erfüllung der Voraussetzungen des § 878 BGB unwirksam gewordenen, bereits vorliegenden Erklärungen des Verkäufers, der Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch erreicht werden kann.

BGB §§ 1896, 167, 2113; GBO § 40 Transmortale Vollmacht; Vertretung der Erbeserben bei vom Erben angeordneter Vor- und Nacherbfolge; transmortale Vollmacht nach Grundbuchberichtigung; Voreintragung

I. Sachverhalt

Eine Erbengemeinschaft ist im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Die Erbenstellung beruht auf gesetzlicher Erbfolge. Der Erblasser hatte einem der Miterben zu Lebzeiten eine nicht widerrufenen notarielle transmortale General- und Vorsorgevollmacht erteilt. Einer der Erben ist zwischenzeitlich nachverstorben und hat durch notarielle Verfügung von Todes wegen eine nicht befreite Vor- und Nacherbschaft angeordnet. Vorerben sind zwei seiner Kinder, Nacherben deren jeweilige „leibliche Abkömmlinge“. Die Grundbuchberichtigung auf die Vorerben ist noch nicht erfolgt. Nunmehr soll ein Grundstück, das sich im Nachlass des ursprünglichen Erblassers befindet, verkauft werden. Es ist aufgrund der Vielzahl der im Grundbuch eingetragenen Erben beabsichtigt, dass bei dem Verkauf die Erbengemeinschaft durch den transmortal seitens des ursprünglichen Erblassers bevollmächtigten Miterben vertreten wird.

II. Fragen

1. Sind bei dem Verkauf durch den Vorsorgebevollmächtigten die Beschränkungen der Vor- und Nacherbschaft (auf Ebene der Erbeserben) zu berücksichtigen?
2. Kann eine Finanzierungsgrundschuld aufgrund der durch den Vorsorgebevollmächtigten erteilten Finanzierungsvollmacht ohne vorherige Grundbuchberichtigung auf die Vorerben bestellt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Kein Erlöschen der Vollmacht aufgrund von Konfusion

Zunächst fragt sich, ob die Vollmacht mit dem Tod des Erblassers erloschen ist. Grundsätzlich kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte tätigen, weil die Vollmacht **im Zweifel über den Tod hinaus** besteht (§§ 672 S. 1, 168 S. 1 BGB). Ergibt sich dazu nichts aus der Vollmacht, so ist allerdings die Vollmacht im Verkehr mit dem Grundbuchamt nur brauchbar, wenn in öffentlich-beglaubigter Form **nachgewiesen** wird, dass ihr ein über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3570). Nach dem mitgeteilten Sachverhalt gehen wir davon aus, dass die Vollmacht ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus erteilt wurde und somit nicht erloschen ist.

Fraglich ist, ob die Vollmacht wegen **Konfusion** erloschen ist, weil der **Bevollmächtigte gleichzeitig Miterbe** ist. Ob Vollmachten durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte den Erben beerbt, ist umstritten. Ist der Bevollmächtigte Miterbe geworden, soll die Vollmacht nach Auffassung des OLG Schleswig (MittBayNot 2015, 132, 134 = RNotZ 2015, 85, 88 = DNotI-Report 2014, 182) und der h. A. in der Literatur fortbestehen (vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 112811; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, § 168 Rn. 56; MünchKommBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn. 69; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 35 GBO Rn. 22; Kurze, ZErB 2008, 399, 408; Herrler, DNotZ 2017, 508, 524 f.; a. A. Bestelmeyer, Rpfleger 2015, 11; BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.5.2018, § 2197 Rn. 153). Nach Auffassung des OLG München kann die Frage nach dem Erlöschen der Vollmacht jedoch offenbleiben, wenn sich der Bevollmächtigte nicht auf seine Stellung als Miterbe beruft und auch kein Nachweis über die Erbfolge in grundbuchmäßiger Form (§ 35 GBO) erbracht ist. Es sei dann vom Fortbestehen der Vollmacht auszugehen (OLG München NJW 2016, 3381 = MittBayNot 2017, 138 Tz. 26 ff.).

Im **Ergebnis** ist somit festzuhalten, dass sich keine Schwierigkeiten ergeben, wenn sich der bevollmächtigte Miterbe nicht auf seine Erbenstellung beruft. Für den

Fall, dass die Vollmacht im Hinblick auf seine Person tatsächlich wegen Konfusion erlöschen sollte, bietet es sich an, dass der Miterbe subsidiär die Erklärungen zugleich im eigenen Namen abgibt (Herrler, DNotZ 2017, 508, 518 f.).

2. Vertretung der Erbeserben

Der Bevollmächtigte vertritt nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des ursprünglichen Vollmachtgebers. Er kann nach allgemeiner Ansicht im Rahmen seiner Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erben und ohne deren Zustimmung alle Rechtsgeschäfte tätigen, die auch der Erblasser selbst hätte tätigen können. Allerdings bezieht sich die Wirkung der Vollmacht für und gegen die Erben immer nur auf den Nachlass, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten der Erben (insbesondere deren Privatvermögen), denn insofern können nur die Erben selbst wirksam Vollmacht erteilen (MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 39; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 168 Rn. 32; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 168 Rn. 31; Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, Vor § 2197 Rn. 10).

Im vorliegenden Fall ist einer der Erben verstorben. Das wirft die Frage auf, ob der Bevollmächtigte auch die **Erbeserben** des Erblassers **vertreten** kann. Der Erbeserbe tritt in die Rechtsstellung des Erben vollumfänglich ein. Der Gesamthandsanteil am Nachlass geht auf den Erbeserben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über (vgl. §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB; vgl. BeckOGKBGB/Preuß, Std.: 1.5.2019, § 1922 Rn. 113, 320). So wie die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten zur Vertretung des Erben im Hinblick auf den Nachlass berechtigt, gilt dies auch für eine Vertretung des Erbeserben als des weiteren Gesamtrechtsnachfolgers des Erblassers (Weidlich, ZEV 2016, 57, 59).

3. Auffassung durch Bevollmächtigten nach Voreintragung der Erben

Im vorliegenden Fall ist eine Grundbuchberichtigung erfolgt, die Erben der Obererbgemeinschaft wurden bereits im Grundbuch eingetragen. Das wirft die Frage auf, ob die transmortale Vollmacht gleichwohl noch zur Vertretung der Erben berechtigt.

Das OLG Frankfurt (ZEV 2014, 202, 204) hat im Anschluss an Bestelmeyer (Rpfleger 2008, 552, 563) ohne nähere Begründung die mittlerweile wohl **überwiegende Ansicht** vertreten, dass der transmortal Bevollmächtigte auch **nach Eintragung der Erben im Grundbuch** ohne Mitwirkung der Erben die Umschreibung auf denjenigen, gegenüber dem er aufgrund der Vollmacht die Auffassung erklärt hat, bewirken könne. Dieser Rechtsprechung hat sich die bislang das Urteil

besprechende Literatur (Sagmeister, MittBayNot 2013, 107, 108; Mensch, ZEV 2016, 423, 424; Weidlich, ZEV 2016, 57, 59) ohne nähere Begründung angeschlossen. Es wird aber auch die **Gegenauffassung** vertreten (BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.3.2019, Sonderbereich Vertretungsmacht, Rn. 49). Sie wird damit begründet, dass es an der Voreintragung des Erblassers im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung gefehlt habe.

Zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bedarf es nach ganz h. M. (siehe zum Meinungsstand Bauer/v. Oefe/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 40 ff.; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 20 Rn. 6) neben des Nachweises der materiellen Einigung i. S. d. § 873 BGB (§ 20 GBO) auch der formellen Bewilligung des § 19 GBO. Der Bevollmächtigte muss daher aufgrund der transmortalen Vollmacht den Erben sowohl bei der materiell-rechtlichen Einigung gem. § 873 BGB als Voraussetzung des § 20 GBO als auch bei der Abgabe der formellen Bewilligung gem. § 19 GBO vertreten können. Beide Erklärungen müssen mithin vom **Umfang der Vollmacht** gedeckt sein. Der Umfang der Vertretungsmacht des transmortal Bevollmächtigten leitet sich allein von dem verstorbenen Vollmachtgeber, dem Erblasser, ab. Die Vollmacht bezieht sich ausschließlich auf dessen Nachlass, nicht aber auf das sonstige Vermögen des Erben (BeckOK-GBO/Reetz, Rn. 49). Der Bevollmächtigte kann in Bezug auf den Nachlass alle Rechtsgeschäfte derart vornehmen, wie dies der Erblasser zu seinen Lebzeiten selbst hätte tun können (BeckOK-GBO/Reetz, Rn. 49; OLG Hamburg DNotZ 1967, 30, 31). Der Bevollmächtigte kann daher im Namen des Erben über einen Nachlassgegenstand verfügen. Er kann grundsätzlich auch eine Auffassung gem. §§ 873, 925 BGB im Namen des Erben erklären. Insofern könnte man indes erwägen, ob eine transmortale Vollmacht nicht grundsätzlich dahingehend auszulegen ist, dass der Bevollmächtigte dann nicht mehr zur Erklärung der Auffassung berechtigt ist, wenn der Erbe im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Gegen ein Erlöschen der Verfügungsmacht des Bevollmächtigten allein aufgrund einer Änderung der formellen Rechtslage kann man freilich einwenden, dass der Erbe, wenn er nicht mehr durch den Bevollmächtigten vertreten werden will, stets die Möglichkeit hat, die Vollmacht zu widerrufen.

Problematischer erscheint jedoch, dass sich mit Eintragung des Erben im Grundbuch die materielle Rechtslage insofern ändert, als ab diesem Zeitpunkt gem. § 891 BGB vermutet wird, dass der Eingetragene Eigentümer ist, und zwar unabhängig vom Grund des Eigentumsübergangs. Es erscheint mithin zweifelhaft, dass ihm ab diesem Zeitpunkt trotz der Rechtsscheinwirkung des Grundbuchs nicht nur die Erklärung eines von ihm Be-

vollmächtigten, sondern auch die Erklärung eines von einem früheren Eigentümer Bevollmächtigten zugeordnet werden können soll.

Geht man davon aus, dass die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten auch nach Eintragung der Erben im Grundbuch berechtigt, für die Erben Verfügungen über den Grundbesitz vorzunehmen, so kann dieser für diese die Auffassung gem. §§ 873, 925 Abs. 1 BGB erklären, welche dem Grundbuchamt gem. § 20 GBO für die Eintragung der Eigentumsumschreibung nachzuweisen ist.

U. E. sprechen dennoch die besseren Gründe für die Richtigkeit der Auffassung des OLG Frankfurt und für die Annahme, dass die **Vollmacht auch zur Vertretung der Erben nach der Grundbuchberichtigung ermächtigt**. Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der Bevollmächtigte die Erben vertreten kann, soweit es um Nachlassvermögen geht. Die Grundbuchberichtigung ändert nichts daran, dass es sich bei dem Grundbesitz um Nachlassvermögen handelt. Vielmehr geht gerade aus der Grundbuchberichtigung selbst hervor, dass es sich um einen Fall der Gesamtrechtsnachfolge handelt und den Erben das Vermögen in Erbengemeinschaft zusteht. Demzufolge existiert auch eine hinreichende Basis für die Annahme, dass die vom Erblasser erteilte Vollmacht den Bevollmächtigten in Bezug auf den auf die Erbengemeinschaft umgeschriebenen Grundbesitz berechtigt. Auch das Argument der fehlenden Voreintragung des Erblassers kann nicht überzeugen. Denn der Berechtigte, für den der Bevollmächtigte nach dem Erbfall handeln kann (die Erben), wurde gerade im Grundbuch eingetragen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OLG Frankfurt hat bislang allerdings weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung stattgefunden. Es ist derzeit unklar, wie ein solcher Fall höchststrichterlich entschieden würde.

4. Auswirkungen der Anordnung von Vor- und Nacherbfolge durch einen Miterben

Fraglich ist jedoch, ob der Bevollmächtigte den **Beschränkungen der Vor- und Nacherbfolge** nach § 2113 BGB unterworfen ist. Hat der bevollmächtigende Erblasser die Vor- und Nacherbfolge selbst angeordnet, sind die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB dem Grunde nach anwendbar. Umstritten ist lediglich, ob der Bevollmächtigte Zustimmungserklärungen auch für die Nacherben erteilen kann (vgl. jüngst OLG München, Beschl. v. 14.6.2019 –34 WX 237/18 und OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.5.2019 – 8 W 160/19, beide Entscheidungen veröffentlicht in DNotI-Report 15/2019, S. 125 ff., sowie Gutachten DNotI-Report 2018, 60; Weber, DNotZ 2018, 884, 900).

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass nicht der Erblasser selbst, sondern einer der Erben Vor- und Nacherbfolge angeordnet hat. Zu prüfen ist daher, ob § 2113 BGB für eine Verfügung in Bezug auf den Grundbesitz der Erbengemeinschaft gilt, wenn die Vor- und Nacherbfolge nur auf **Ebene der Untererbengemeinschaft** angeordnet wurde. Rechtsprechung und Literatur verneinen diese Frage (BGH NJW 1978, 698; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 1.3.2019, § 2113 Rn. 22; MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 4). § 2113 Abs. 1 BGB erfasst nur Verfügungen über Grundstücke, die selbst der Nacherbenbindung unterworfen sind, nicht aber Verfügungen von durch einen Nacherbenvermerk gebundenen Gesamthändern, zu deren Gesamthandsvermögen Grundbesitz zählt. Begründet wird dies vor allem mit dem Schutzbedürfnis der anderen Miterben der Obererbengemeinschaft. Die Anordnung der Verfügungsbeschränkung würde sich zulasten der anderen Gesamthänder auswirken, da diese über das Grundstück insgesamt nur mit Mitwirkung der Nacherben verfügen könnten. Hiermit wäre eine weitgehende Blockade im Hinblick auf die anderen Gesamthänder verbunden (BGH NJW 1978, 698; so auch zur Gütergemeinschaft BGH NJW 2007, 2114 Tz. 9, 11; OLG München ZEV 2016, 393, 394).

Demzufolge greifen die auf der Ebene der Untererbengemeinschaft geltenden Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB nicht ein, wenn der Bevollmächtigte in Vertretung für sämtliche Erben und Erbeserben das Nachlassgrundstück veräußert.

5. Voreintragung der Erbeserben

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine **Voreintragung der Erbeserben** im Grundbuch erforderlich ist. Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen wenn die Person, deren Rechte durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die Erbeserben des eingetragenen Berechtigten noch nicht im Grundbuch eingetragen wurden.

Nach § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist die Voreintragung entbehrlich, wenn die Person, deren Recht von der Bewilligung betroffen wird, Erbe ist und die Übertragung eines Rechts eingetragen werden soll. Dies gilt auch dann, wenn der Erbe durch einen **transmortal Bevollmächtigten** vertreten wird (OLG Dresden ZEV 2012, 330, 340; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140; LG Stuttgart ZEV 2009, 198; Weber, DNotZ 2018, 884, 895). Die Vorschrift findet ebenfalls Anwendung, wenn es zu einem zweiten Erbfall gekommen ist und die vertretenen **Erbeserben** noch nicht im Grundbuch eingetragen wurden (RGZ 53, 298, 305; Bauer, in:

Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rn. 8; Weber, DNotZ 2018, 884, 906; für analoge Anwendung des § 40 GBO auf alle Gesamtrechtsnachfolgen jüngst auch BGH DNotZ 2018, 914 Tz. 8).

Eine Voreintragung dürfte daher entbehrlich sein, soweit es um die Eintragung der Auffassung geht. Fraglich ist aber, ob dies auch für die Finanzierungsgrundschuld gilt. Die Rechtsprechung bejaht mittlerweile überwiegend die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErB 2018, 337; a. A. KG FGPrax 2011, 270). Die Auffassungen in der Literatur sind geteilt (für Entbehrlichkeit der Voreintragung Cramer, ZfIR 2017, 834; Milzer, DNotZ 2009, 325, 325 ff.; ders., MittBayNot 2018, 248, 248 f.; Ott, notar 2018, 189, 190; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 40 Rn. 28; hiergegen Bauer, § 40 Rn. 19; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.6.2019, § 40 Rn. 20; Kurze, ZErB 2008, 399, 401; Ivo, ZErB 2006, 7, 10; Schöner/Stöber, Rn. 142). Es sollte daher mit dem Grundbuchamt vorab geklärt werden, welcher Rechtsauffassung es sich anschließt.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

EuErbVO Art. 63

Deutschland: Abwicklung eines in Frankreich belegenen Nachlassgrundstücks nach einem deutschen Erblasser

Abruf-Nr.:

GrEStG §§ 5, 6, 7

Umwandlung von Miteigentum in Wohnungs- bzw. Teileigentum; Einbringung von Bruchteilseigentum an Grundstücken in eine GbR; Zuweisung von Alleineigentum an einzelnen Grundstücken bei Auseinandersetzung der GbR; grunderwerbsteuerliche Beurteilung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BeurkG §§ 6, 9 Abs. 1 S. 2, 13a

Wirksamkeit bei Verweis auf Urkunde mit materiell-rechtlich unwirksamen Erklärungen

1. Durch eine Verweisung gemäß § 13a BeurkG wird eine andere notarielle Niederschrift in das Schriftstück inkorporiert; sie gilt als in der Niederschrift selbst enthalten.

2. Die Urkunde, auf die gemäß § 13a BeurkG verwiesen wird, muss unbedingt entsprechend den Formvorschriften der §§ 6 ff. BeurkG errichtet worden sein; inhaltliche Fragen bleiben dagegen außer Betracht, sodass auch auf notarielle Niederschriften verwiesen werden kann, in denen materiell-rechtlich unwirksame Erklärungen protokolliert worden sind.

3. Eine Verweisung nach § 13a BeurkG ist auch dann zulässig, wenn die erklärenden Personen der Bezugsurkunde nicht identisch mit denen der Haupturkunde sind; die in der Bezugsurkunde enthaltene Erklärung ist dann als von der an der Haupturkunde beteiligten Person abgeben anzusehen.

OLG Braunschweig, Beschl. v. 15.7.2019 – 1 W 12/19

Problem

Im Jahr 2015 beantragten die Beteiligten mittels notarieller Urkunde die Eintragung eines Erbbaurechts. Der Antrag wurde vom Grundbuchamt zurückgewiesen, da die Beteiligten (aufgrund einer wohl durch Konfusion erloschenen transmortalen Vollmacht) nicht wirksam vertreten wurden. Im Jahr 2017 beantragten die Beteiligten (nunmehr im eigenen Namen, ohne Vertretung) zu neuer notarieller Niederschrift („Haupturkunde“) die Eintragung des Erbbaurechts erneut. Hierbei wurde gem. § 13a BeurkG auf die Urkunde aus dem Jahr 2015 („Bezugsurkunde“) verwiesen, es wurden zudem Ergänzungen und Änderungen vorgenommen.

Das Grundbuchamt stellte sich auf den Standpunkt, dass auf die Urkunde aus dem Jahr 2015 nicht gem. § 13a BeurkG verwiesen werden könne, da diese unwirksame Erklärungen enthalte. Gegen diese Entscheidung legte der Notar Beschwerde ein. Das Amtsgericht half dieser Beschwerde nicht ab.

Entscheidung

Entgegen der Ansicht des Amtsgerichts hat sich das OLG Braunschweig auf den Standpunkt gestellt, dass die Zwischenverfügung zu Unrecht ergangen sei. Das OLG verweist darauf, dass die ursprüngliche Urkunde

aus dem Jahr 2015 gem. § 6 ff. BeurkG wirksam errichtet worden sei. Allein das sei Voraussetzung für eine wirksame Verweisung gem. § 13a BeurkG. Bei der Verweisung gem. § 13a BeurkG handle es sich um eine Verweisung i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG, wobei lediglich die Verlesungs- und Beifügungspflicht anders geregelt sei.

Unbedingte Voraussetzung für eine Verweisung gem. § 13a BeurkG sei zwar, dass die ursprüngliche Urkunde, auf die verwiesen werde, den Formvorschriften der §§ 6 ff. BeurkG entsprechend errichtet worden sei. Auf die **Wirksamkeit der darin enthaltenen Willenserklärungen** komme es jedoch **nicht** an. Es könne demnach auch auf eine Niederschrift verwiesen werden, die materiell-rechtlich unwirksame Erklärungen enthalte.

Darüber hinaus stellt das OLG klar, dass eine Verweisung gem. § 13a BeurkG auch dann zulässig sei, wenn die Personen in der Bezugsurkunde **nicht identisch** mit denen in der Haupturkunde sind. Die in der Bezugsurkunde abgegebenen Erklärungen würden nach der Verweisung auf die Bezugsurkunde als durch die Betei-

ligten der Haupturkunde abgegeben gelten. Durch die Verweisung werde lediglich der **Text der Bezugsurkunde** in die Haupturkunde inkorporiert.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit