

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang  
Mai 2013  
ISSN 1434-3460

10/2013

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV §§ 1, 3; BGB §§ 305, 307 Abs. 1, 311b Abs. 1 – Finanzierung des Bauträgers durch Ausgabe einer Unternehmensanleihe; Sonderkündigungsrecht bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags; Verrechnungsabrede

BGB §§ 168, 1960 – Verhältnis von transmortaler Vollmacht zur Nachlasspflegschaft; Widerruf transmortaler Vollmacht durch Nachlasspfleger

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 181, 883, 2205; GBO §§ 19, 22, 29 – Nachweis der Unrichtigkeit bei Löschung einer Vormerkung; keine Möglichkeit der „Aufladung“ bei ursprünglicher Sicherung eines nicht vererblichen und nicht übertragbaren Anspruchs; Rechtsbeschwerde zu OLG München DNotI-Report 2012, 89

BGB § 1365 Abs. 1; GBO § 19 – Prüfung der Verfügungsbeschränkung gem. § 1365 Abs. 1 BGB durch das Grundbuchamt

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### MaBV §§ 1, 3; BGB §§ 305, 307 Abs. 1, 311b Abs. 1

#### Finanzierung des Bauträgers durch Ausgabe einer Unternehmensanleihe; Sonderkündigungsrecht bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags; Verrechnungsabrede

##### I. Sachverhalt

X ist Alleingesellschafter mehrerer Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die überwiegend im Bauträgergeschäft tätig sind. Eine derzeit nicht im Bauträgergeschäft tätige Gesellschaft des X mit einem Stammkapital von 50.000 € möchte eine Unternehmensanleihe ausgeben (Laufzeit 5 Jahre, Verzinsung 2,5 % p. a.). Über ein Rating verfügt diese Gesellschaft nicht.

Falls ein Anleihegläubiger später eine Immobilie von einer der Gesellschaften des X erwirbt (hierfür soll ihm aufgrund der Zeichnung der Anleihe ein Vorrecht zustehen; zusätzlich erhält er einen in den Anleihenbedingungen näher definierten Preisnachlass), führt dies zur (Sonder-)Kündigung der Anleihe. Die Rückzahlung der Anleihe hat dann in Tilgung der jeweils fällig werdenden Raten des Bauträgervertrags zu erfolgen, grundsätzlich durch unmittelbare Zahlung der Emittentin an die Bauträgergesellschaft. Sollte der Bauträgervertrag unmittelbar mit der (dann künftig auch als Bauträger tätigen) emittierenden Gesellschaft geschlos-

sen werden, soll dieser ein an bestimmte Voraussetzungen geknüpftes Aufrechnungsrecht zustehen. Die Anleihe wird von der Emittentin mit den vorgenannten Vorteilen (u. a. Erwerbsvorrecht, Rabatt) beworben.

##### II. Frage

Ist dies mit den Vorgaben der Makler- und Bauträgerverordnung vereinbar?

**1. Variante:** Im Zeitpunkt der Zeichnung der Anleihe hat der Anleihegläubiger lediglich eine allgemeine Absicht zum Erwerb einer Immobilie im räumlichen Tätigkeitsbereich der Bauträgergesellschaften des X.

**2. Variante:** Im Zeitpunkt der Zeichnung der Anleihe besteht bereits eine konkrete Absicht zum Erwerb einer ganz bestimmten Immobilie.

**3. Variante:** Der Anleihegläubiger erwirbt die Anleihe ausschließlich aus Gründen der Geldanlage.

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Variante 1: lediglich allgemeine Absicht zum Immobilienerwerb

Angesichts der Unüblichkeit einer derartigen Anleihenemission durch ein Bauträgerunternehmen erscheint es u. E. nahezu ausgeschlossen, dass ein Investor nicht zumindest eine generelle Absicht zum Erwerb einer Immobilie im räumlichen Tätigkeitsbereich der Bauträgergesellschaften des X haben wird. Dies gilt umso mehr, wenn die Anleihe gerade mit dem Argument beworben wird, dass sie das

Recht zum bevorrechtigten Erwerb von Immobilien des X zu vergünstigten Konditionen vermittelt.

Unter dieser Prämisse steht ein **Verstoß gegen § 3 Abs. 1 MaBV** im Raum, unter Umständen bereits im Zeitpunkt der Entgegennahme der Anleihevaluta im Zusammenhang mit der Zeichnung, spätestens aber mit Abschluss eines entsprechenden Bauträgervertrags zwischen dem Anleihegläubiger und einer der Gesellschaften des X.

#### a) Verstoß gegen § 3 MaBV bei Zeichnung der Anleihe

Die Anwendbarkeit der MaBV setzt nach § 1 MaBV voraus, dass Bauvorhaben vorbereitet oder durchgeführt und *dazu* Vermögenswerte von Auftraggebern entgegengenommen werden (vgl. § 34c Abs. 1 Nr. 3 lit. a GewO). Entsprechend ist das Verbot in § 3 Abs. 1 MaBV nur dann einschlägig, **wenn Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrags entgegengenommen werden**. Sofern dies geschehen soll, greift das Verbot unabhängig davon ein, welche Erklärungen anlässlich des Vertragsschlusses erfolgen. Die MaBV ist insofern in allen Fällen anwendbar, in denen Zahlungen im Hinblick auf das vereinbarungsgemäß durchzuführende Bauvorhaben zu leisten sind (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rn. 115). Andererseits fehlt es an einer Entgegennahme von Vermögenswerten im obigen Sinne, wenn ein diesbezüglicher Auftrag noch gar nicht existiert bzw. noch nicht einmal ins Auge gefasst ist.

Die Nichtanwendbarkeit des § 3 MaBV bei Zeichnung der Anleihe könnte man vorliegend aber dann bezweifeln, wenn der **Investor (aus wirtschaftlichen Gründen)** von vornherein **nicht wirklich frei in seiner Entscheidung** ist, ob er eine Immobilie von der Unternehmensgruppe erwirbt. Sollte bereits bei Zeichnung der Anleihe eine reguläre Rückzahlung gar nicht geplant, sondern immer nur die Abfindung der Anleihe durch Immobilien gewollt sein, ließe sich unter Berücksichtigung des Schutzzwecks von § 3 MaBV durchaus eine extensive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Entgegennahme von Vermögenswerten zur Entgegennahme ‚des Auftrags‘“ erwägen. Abgesehen vom Wortlaut der Vorschrift sprechen aber auch **Aspekte der Rechtssicherheit gegen eine extensive Auslegung**, dies zumindest dann, wenn Anknüpfungspunkt nicht rechtliche, sondern nur schwer zu erfassende wirtschaftliche Erwägungen sind. Ob es aus Sicht eines verständigen Investors vollkommen unvernünftig ist, auf den Erwerb einer Immobilie zu verzichten und dann nach fünf Jahren schlicht seine Valuta samt Zinsen zurückzuerhalten, lässt sich abstrakt nur schwer beurteilen.

Sofern im Zeitpunkt der Zeichnung der Unternehmensanleihe bzw. der Hingabe der Valuta ein konkreter Bauträgervertrag weder geschlossen noch ins Auge gefasst ist, dürften daher die Zahlungen an die Emittentin (jedenfalls zunächst) als aus einem grundsätzlich völlig eigenständigen Rechtsgrund (Anleihekaufvertrag) geleistet anzusehen sein. **Einstweilen scheidet** damit u. E. eine **Anwendbarkeit der MaBV** und folglich des Verbots nach § 3 MaBV auf die im Rahmen der Anleihezeichnung erbrachten Zahlungen **aus**. Hierfür lässt sich zudem anführen, dass § 3 MaBV nur Anzahlungen auf den Kaufpreis verbietet, nicht hingegen **Zahlungen an den Bauträger aus einem anderen Rechtsgrund** („Reservierungsgebühr“, „Bindungsentgelt“, im Zusammenhang mit der Vermittlung von Darlehen geleistete Zahlungen, vgl. Basty, Rn. 102).

#### b) Verstoß gegen § 3 MaBV mit Abschluss des Bauträgervertrags

Anders stellt sich die Rechtslage aber mit Abschluss des (zunächst nur allgemein erwogenen) Bauträgervertrags dar. In diesem Moment ist u. E. eine **Entgegennahme von Vermögenswerten i. S. v. § 3 Abs. 1 MaBV zu bejahen**, weil die Leistung der Anleihevaluta dann in eine Leistung zur Vorbereitung und Durchführung eines Bauvorhabens i. S. v. § 3 Abs. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 3 lit. a GewO „umzuqualifizieren“ ist.

##### aa) Begründung der Umqualifizierung

**Zwar** mag man auf den ersten Blick einwenden, nach den Anleihebedingungen sei ein noch **deutlich späteres Rückzahlungsdatum vorgesehen**, sodass der **Anleihegläubiger** durch Abschluss des Bauträgervertrags bzgl. der bereits (aus einem anderen Rechtsgrund) hingegebenen Valuta prima facie **bessergestellt** werde, weil er diese vorzeitig (entsprechend dem Ratenplan des Bauträgervertrags) zurückerhält.

Letztlich dürfte diese Erwägung aber nicht tragen. Nach **Sinn und Zweck des § 3 MaBV** muss es nämlich darauf ankommen, ob der Auftraggeber dem Gewerbetreibenden Vermögenswerte zur Durchführung des Auftrags zur Verfügung stellt, und sei es dadurch, dass er bereits früher hingegebene Vermögenswerte nicht zurückfordert bzw. kraft vertraglicher Vereinbarung nicht zurückfordern kann. Einer **Umgehung von § 3 MaBV** wären Tür und Tor geöffnet, wenn die privatautonome Vereinbarung eines weit in der Zukunft liegenden Fälligkeitstermins für Darlehen oder Anleihen möglich wäre, die mit lediglich un spezifizierter Erwerbsabsicht ohne Bezug zu einem konkreten Bauträgervertrag vom späteren Erwerber gewährt werden. In diesem Zusammenhang ist u. E. auch zu berücksichtigen, dass die (vorbehaltene) Kündigung nach dem gesetzlichen Regelungsmodell des § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich zur sofortigen Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs führt.

Ausschlaggebend dürfte vorliegend sein, dass die Anleihevaluta mit Abschluss des Bauträgervertrags wirtschaftlich endgültig der Bauträgergesellschaft zuzuordnen ist. Relevant für die **wirtschaftliche Zuordnung** der Anleihevaluta sind folgende Aspekte:

- Erwerbsvorrecht,
- Preisnachlass,
- Bewertung der Anleihe gerade mit Blick auf das Erwerbsvorrecht und den Preisnachlass,
- Sonderkündigung mit Abschluss eines Bauträgervertrags,
- Rückzahlungsabrede entsprechend dem konkreten MaBV-Ratenplan,
- ggf. Aufrechnungsbefugnis der Emittentin.

Eine evtl. fehlende Personenidentität zwischen Emittentin und konkreter Bauträgergesellschaft wird im Ergebnis ohne Bedeutung sein, da das Verbot des § 3 MaBV nach Sinn und Zweck **auch Zahlungen an eine dem Bauträger zuzurechnende Person** erfasst. Vermutlich sind die verschiedenen Gesellschaften des X zudem konzernrechtlich und/oder über eine Cash-Pool-Abrede verbunden.

Aufgrund des wirtschaftlichen Kontextes der Anleihezeichnung, der beschriebenen „Zahlungsmodalitäten“ sowie der rechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtungen der Gesellschaften ist das **Verbot des § 3 Abs. 1 MaBV** daher u. E. **mit Abschluss des Bauträgervertrags anwendbar**.

**bb) Folge der Umqualifizierung: Rückzahlungspflicht**  
Hieraus folgt, dass das **Behaltendürfen der Anleihevaluta** ab Abschluss des Bauträgervertrags **am Maßstab des § 3 MaBV zu messen** ist. Das bedeutet, der Bauträger, dem die Anleihevaluta zugerechnet wird, weil er wirtschaftlich hierüber disponieren kann, muss diese zur Vermeidung einer Ordnungswidrigkeit (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 MaBV) an den Erwerber **zurückzahlen**, da die Voraussetzungen des § 3 MaBV im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorliegen. Hierauf sollte der Notar hinweisen.

Wenn eine Vorauszahlungs- und Erfüllungsbürgschaft i. S. v. § 7 MaBV gestellt wird, könnte die Anleihevaluta insoweit zurückbehalten (bzw. verrechnet) werden, als der Bautenstand in Verbindung mit dem Ratenplan im Bauträgervertrag die Anforderung einer entsprechenden Rate gestattet. Der über den Bautenstand hinausgehende Teil der Anleihe wäre aber in jedem Fall zurückzuzahlen (vgl. nur Blank, Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2010, Rn. 286 ff. m. w. N.).

### **cc) Exkurs: Beurkundungsbedürftigkeit des Anleihekaufvertrags?**

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass nach den Grundsätzen der **Beurkundungsbedürftigkeit von gemischten und zusammengesetzten Verträgen** auch für den Anleihekaufvertrag ein Beurkundungserfordernis gem. § 311b Abs. 1 BGB bestehen könnte. Nach ständiger Rechtsprechung erstreckt sich das Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 1 BGB bei gemischten und zusammengesetzten Verträgen auch auf eine für sich allein nicht beurkundungsbedürftige Vereinbarung, „wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander ‚stehen und fallen‘ sollen“ (BGH NJW 1980, 829, 830; NJW 1987, 1069 = DNotZ 1987, 350). Bei **einseitiger Abhängigkeit** kommt es laut BGH darauf an, **dass die Grundstücksveräußerung von der als solcher nicht beurkundungsbedürftigen Vereinbarung abhängt** (BGH NJW 2000, 951 = DNotZ 2000, 635; NJW 2001, 226, 227 = DNotI-Report 2001, 5). In diesem Fall ist die an sich nicht beurkundungsbedürftige Vereinbarung vom Beurkundungserfordernis miteingefasst. Ist hingegen umgekehrt nur eine als solche nicht beurkundungsbedürftige Vereinbarung von einer Grundstücksveräußerung abhängig, nicht aber die Grundstücksveräußerung von der anderen Vereinbarung, so wird die andere Vereinbarung nicht gem. § 311b Abs. 1 BGB formbedürftig.

Denkbar ist ein Beurkundungserfordernis darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt einer **mittelbaren Bindung des Anleihegläubigers** (unangemessener Druck zum Erwerb des Grundstücks, vgl. die Rechtsprechung zur Beurkundungsbedürftigkeit von Reservierungsvereinbarungen, BGH NJW 2010, 3568, 3570 Tz. 18) sowie aufgrund der in den Anleihebedingungen enthaltenen **Verrechnungsabrede** („konstitutive, rechtserzeugende Bedeutung“, vgl. BGH NJW 1984, 974, 975; DNotZ 1986, 265 m. Anm. Kanzleiter).

### **2. Variante 2: Zeichnung der Anleihe in unmittelbarem Zusammenhang mit Immobilienerwerb**

Hat der künftige Anleihegläubiger vor Zeichnung der Anleihe schon (für den Bauträger erkennbar) den Entschluss zum Erwerb einer konkreten Immobilie gefasst oder wurde insoweit bereits Einvernehmen zwischen ihm und der Bauträgergesellschaft erzielt, dürfte sich das Bauvorhaben bzw. der in Zukunft zu vereinbarende Auftrag i. S. d. MaBV schon in einer Weise konkretisiert haben, dass **bereits die Leistung der Anleihevaluta** eine (unzulässige) **Entgegennahme von Vermögenswerten** gem. § 3 Abs. 1 MaBV darstellt.

### **3. Variante 3: keinerlei Zusammenhang mit Bauvorhaben**

Unter den dargelegten Rahmenbedingungen ist es **außerordentlich unwahrscheinlich**, dass Anleihegläubiger die Zeichnung aus einem anderen Grund als zum Zwecke des – möglicherweise zeitverzögerten – Immobilienerwerbs von einer der Gesellschaften des X vornehmen. Zum einen wird die Anleihe entsprechend beworben, zum anderen stellen die Anleihebedingungen eine Verknüpfung mit dem später abzuschließenden Bauträgervertrag her. Schließlich dürften auch die gebotenen Anleihekonditionen bei Nichtabschluss eines derartigen Vertrags am Markt eher nicht konkurrenzfähig sein.

Nur wenn **im konkreten Einzelfall ausnahmsweise tatsächlich jeglicher Bezug zum späteren Abschluss eines Bauträgervertrags fehlte** (was im Ansatz dann denkbar wäre, wenn die Konditionen der Unternehmensanleihe einem Marktvergleich für Anleihen mit zweifelhafter bzw. nicht gesicherter Bonität standhalten und daher realistischerweise auch von Finanzberatern ohne jeden Bezug zur Bauträgergesellschaft empfohlen werden; dies würde wohl trotz des derzeit niedrigen Zinsniveaus einen deutlich höheren Zinssatz voraussetzen), käme es u. U. in Betracht, dass die Zahlung der Anleihevaluta trotz eines in der Folge (für beide Vertragsteile völlig unvorhergesehen) abgeschlossenen Bauträgervertrags nicht in eine unzulässige Leistung i. S. d. § 3 MaBV umzuqualifizieren ist. Freilich wird sich der Bauträger unter diesen Umständen die Frage stellen, wieso er das erforderliche Kapital nicht schlicht bei einer Bank als Darlehen aufnehmen soll. In Zeiten der Finanzkrise mag es allerdings zeitweilig keinen hinreichenden Markt für Bauträgerfinanzierung durch Banken geben, sodass trotz der hohen Verzinsung die Begebung einer Anleihe eine (u. U. gar die einzige) sinnvolle Handlungsalternative darstellt.

Da vorliegend die Zeichnung der Anleihe aus Sicht des Anleihegläubigers wirtschaftlich wohl nur dann sinnvoll ist, wenn er später einen „privilegierten“ Bauträgervertrag abschließt, dürfte Sachverhaltsvariante 3 – auch mit Blick auf die konkreten Anleihebedingungen – konkret nicht einschlägig sein.

### **4. Fazit**

**a)** Sollten Anleihegläubiger die Zeichnung nur vornehmen, um bevorrechtigt Angebote zum Erwerb von Immobilien der Unternehmensgruppe zu besonders günstigen Konditionen zu erhalten (**lediglich allgemeine**, keine bereits konkretisierte **Kaufabsicht**), fände **§ 3 MaBV u. E. mit Abschluss des Bauträgervertrags** Anwendung, d. h. die Anleihe wäre unverzüglich an den Anleihegläubiger zurückzuzahlen. Eine Verrechnung des Rückzahlungsanspruchs mit den künftig fällig werdenden Raten des MaBV-Ratenplans wäre unzulässig.

**b)** Sollten Anleihegläubiger die Anleihe im unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkret ins Auge gefassten Erwerb einer bestimmten Immobilie zeichnen (**konkretisierte Erwerbsabsicht**), dürfte **§ 3 MaBV** bereits **bei der Zeichnung der Anleihe** vor Abschluss des Bauträgervertrags anwendbar sein. Die Anleihevaluta könnte dann von vornherein nicht ohne Verstoß gegen § 3 MaBV entgegengenommen werden.

**c)** Nur wenn die Anleihe völlig unabhängig von einer Erwerbsabsicht der Anleihegläubiger vertrieben und gezeichnet wird – was unter den gegebenen Umständen eher unrealistisch erscheint –, scheidet ein Verstoß gegen die MaBV auch bei späterem Abschluss eines Bauträgervertrags aus.



## BGB §§ 168, 1960

### Verhältnis von transmortaler Vollmacht zur Nachlasspflegschaft; Widerruf transmortaler Vollmacht durch Nachlasspfleger

#### I. Sachverhalt

Es wurde eine transmortale Vorsorgevollmacht – Generalvollmacht – zugunsten der Ehefrau des späteren Erblassers beurkundet. Da die Erbfolge nach dem Vollmachtgeber nicht zweifelsfrei feststand, wurde beim Tod des Vollmachtgebers Nachlasspflegschaft angeordnet.

Der Nachlasspfleger widersprach der Vorsorgevollmacht und unterrichtete den beurkundenden Notar über den Widerruf. Auf Beschwerde der Vollmachtnehmerin, der Ehefrau des Vollmachtgebers, hob das Betreuungsgericht die Nachlasspflegschaft mit dem Hinweis auf, es bestehe kein Raum für eine Nachlasspflegschaft, da der Nachlass durch die Vollmacht über den Tod hinaus handlungsfähig sei. Das Gericht hatte hierbei keine Kenntnis vom Widerruf der Vollmacht.

#### II. Fragen

1. Bewirkte die Widerrufserklärung des Nachlasspflegers während der Zeit der Anordnung der Pflegschaft den Widerruf der Vollmacht?
2. Falls ja: Ist wiederum Nachlasspflegschaft anzuordnen, wenn der Nachlass aufgrund des Widerrufs der Vollmacht handlungsunfähig ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Verhältnis der Nachlasspflegschaft zur transmortalen Vollmacht

Das Verhältnis der Nachlasspflegschaft gem. § 1960 BGB zur trans- oder postmortalen Vollmacht ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Gemeinhin wird allerdings vertreten, dass das für die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderliche **Fürsorgebedürfnis fehlt**, soweit der vorläufige Erbe, ein Miterbe oder Erbprätendent, Ehegatte, Eltern oder Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind und den Nachlass zuverlässig verwalten (MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1960 Rn. 19 m. w. N.). Gleiches gelte, wenn dringliche **Nachlassangelegenheiten** bereits von einer **sonstigen bevollmächtigten Person zuverlässig erledigt** würden (KG ZEV 1999, 395, 396; MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 19; BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, Std.: 1.5.2012, § 1960 Rn. 3).

Etwas anderes sei aber anzunehmen, wenn der Nachlass nach Art und Umfang eine **ungewöhnlich schwierige und bedeutsame Verwaltung** notwendig mache und nach den Umständen eine den **Belangen des noch unbekanntem Erben gerecht werdende Verwaltung** durch einen vom Erblasser transmortale Bevollmächtigten **nicht als gewährleistet** angesehen werden könne (OLG Karlsruhe FGPrax 2003, 229 = BWNNotZ 2004, 169). Selbst wenn der Erblasser eine über den Tod hinaus wirkende Generalvollmacht erteilt hat, kann folglich die Anordnung einer Nachlasspflegschaft zur Wahrung der Belange des Erben geboten sein (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 19; vgl. zur Anordnung der Nachlasspflegschaft trotz transmortaler Vollmacht auch Everts, NJW 2010, 2318).

##### 2. Bedeutung der transmortalen Vollmacht

Liegt eine transmortale Vollmacht vor, die über den Eintritt des Todes des Vollmachtgebers hinaus Wirkungen entfaltet, so wird aufgrund einer solchen Vollmacht nicht mehr der

verstorbene Vollmachtgeber vertreten. Denn der Vollmachtgeber ist mit seinem Ableben als Rechtssubjekt aus dem Rechtsverkehr ausgeschieden. Die transmortale Vollmacht **wirkt** vielmehr (ebenso wie die postmortale Vollmacht) **für und gegen die Erben** (MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 30; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 168 Rn. 31). Der Bevollmächtigte vertritt daher nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des ursprünglichen Vollmachtgebers, und kann nach allgemeiner Ansicht im Rahmen der ihm eingeräumten Vertretungsmacht alle Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die Erben vornehmen. Dabei bezieht sich die Wirkung der Vollmacht immer **nur auf den Nachlass**, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten der Erben (Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 32).

#### 3. Widerruf einer transmortalen Vollmacht

##### a) Allgemein

Aus dem Vorstehenden folgt, dass die transmortale Vollmacht **durch die Erben widerrufen** werden kann. Bei einzelnen Miterben steht das Widerrufsrecht nach h. M. jedem der Miterben hinsichtlich der Vertretung seiner Person zu (Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 34 m. w. N.). Zum Widerruf berechtigt sind ferner der **Testamentsvollstrecker** im Hinblick auf die von ihm verwalteten Gegenstände sowie der **Nachlassverwalter** (Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 34 m. w. N.).

##### b) Widerruf durch den Nachlasspfleger

###### aa) Rechtsprechung

Eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob auch der Nachlasspfleger gem. § 1960 BGB zum Widerruf der Vollmacht berechtigt ist, steht noch aus. Das OLG Brandenburg hielt allerdings in seinem Beschluss vom 14.9.2006 (13 W 37/06, BeckRS 2011, 16784) den Nachlasspfleger für befugt zum Widerruf einer vom Erblasser mit Wirkung über seinen Tod hinaus erteilten notariellen Generalvollmacht.

###### bb) Literatur

Ebenso soll nach einigen Stellungnahmen in der Literatur der Nachlasspfleger zum Widerruf befugt sein (so Lorz, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2010, § 20 Rn. 38 – allerdings unter unzutreffender Bezugnahme auf Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 34). Für die Widerrufsmöglichkeit sprechen auch die Ausführungen bei *Firsching/Graf* (Nachlassrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 4.653). Dort wird unter „Aufgaben und Befugnisse[n] des Pflegers in typischem Ablauf der Pflegschaft“ als Eilmaßnahme der Vermögensverwaltung (bzw. im Hinblick auf Geldanlagen) u. a. der **Widerruf von Vollmachten und Daueraufträgen** genannt.

Darüber hinaus wird in der Kommentarliteratur zu Aufgabenkreis und Vertretungsmacht des Nachlasspflegers allgemein formuliert, dass die Pflegerbestellung die Vertretungsmacht für unbekanntem Erben bzgl. aller Nachlassangelegenheiten begründet, sofern das Nachlassgericht den Wirkungskreis nicht eingeschränkt hat; der Nachlasspfleger verfügt demnach **im Außenverhältnis grundsätzlich über unbeschränkte Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Nachlasses** (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 41). **Ausgenommen** sind lediglich **höchstpersönliche Rechte** des Erben, wie z. B. die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, der Verzicht auf die Haftungsbeschränkung oder – insoweit strittig – die Beantragung der Nachlassverwaltung (Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 1960 Rn. 11). Der Widerruf einer vom

Erblasser erteilten transmortalen Vollmacht wird in diesem Zusammenhang nicht erwähnt und kann wohl eher nicht als höchstpersönliches Recht des Erben angesehen werden.

#### c) Fazit

Im Ergebnis dürfte der **Widerruf** der Generalvollmacht **zulässig und wirksam** gewesen sein. Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Vertretungsmacht des Nachlasspflegers im Rahmen des konkret übertragenen Aufgabenkreises bestehen nach dem Sachverhalt nicht. Dass die Nachlasspflegschaft zwischenzeitlich aufgehoben wurde, ändert u. E. nichts an der Wirksamkeit des Widerrufs, denn die gesetzliche Vertretungsmacht des Nachlasspflegers entfällt nur *ex nunc* (vgl. Staudinger/Marotzke, Neubearb. 2008, § 1960 Rn. 47 m. w. N.).

#### 4. Folgen des Widerrufs der Vollmacht für die Erforderlichkeit einer Nachlasspflegschaft

Ist die Vollmacht wirksam widerrufen, folgt hieraus zugleich, dass die Bestellung eines Nachlasspflegers i. S. v. § 1960 BGB insoweit nicht wegen mangelnden Fürsorgebedürfnisses (vgl. oben Ziff. 1) abgelehnt werden kann.

### Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

**BGB §§ 2174, 2150; InsO §§ 80, 83, 84**  
**Insolvenz eines Miterben: Anspruch des weiteren Erben auf Erfüllung eines Vorausvermächtnisses**  
Abruf-Nr.: 123798

**BeurkG §§ 10 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 40; BNotO § 20; DNot § 26; GBO § 19; BGB § 54**  
**Angabe des materiell Beteiligten im Beglaubigungsvermerk; Löschung einer Grundschuld für einen ehemals eingetragenen, nunmehr jedoch nicht eingetragenen Verein**  
Abruf-Nr.: 120813

**Internationales Gesellschaftsrecht**  
**Kanada: British Columbia; Vertretungsnachweis für eine Corporation**  
Abruf-Nr.: 123756

### Rechtsprechung

**BGB §§ 181, 883, 2205; GBO §§ 19, 22, 29**  
**Nachweis der Unrichtigkeit bei Löschung einer Vormerkung; keine Möglichkeit der „Aufladung“ bei ursprünglicher Sicherung eines nicht vererblichen und nicht übertragbaren Anspruchs; Rechtsbeschwerde zu OLG München DNotI-Report 2012, 89**

**Eine Rückauffassungsvormerkung kann im Wege des Unrichtigkeitsnachweises durch Vorlage der Sterbeurkunde des Vormerkungsberechtigten gem. §§ 22 Abs. 1, 29 GBO im Grundbuch gelöscht werden, wenn eine Wiederverwendung der Vormerkung bzw. ein Austausch des ursprünglich gesicherten nicht vererblichen und nicht übertragbaren Anspruchs mit einem vererblichen Anspruch wegen Verstoßes gegen das Kongruenz Erfordernis ausgeschlossen ist (Bestätigung des BGH-Beschlusses vom 3.5.2012 – V ZB 258/11, DNotI-Report 2012, 98).** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 21.3.2013 – V ZB 74/12  
Abruf-Nr.: 11082R

#### Problem

Im Jahre 1993 hatte der jetzige Grundstückseigentümer mit seiner Mutter einen Übergabevertrag geschlossen, in dem eine vormerkungsgesicherte bedingte Verpflichtung zur Rückübertragung (auch) an den Stiefvater vereinbart worden war (für die typischen Fälle der Grundstücksveräußerung oder -belastung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Sohnes usw.). Nach dem Tod der Mutter und des Stiefvaters beantragte der Sohn, der zugleich Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Stiefvaters war, die Löschung der zugunsten des Stiefvaters eingetragenen Vormerkung. Die Rückübertragung sollte nur auf Verlangen erfolgen und der Anspruch weder übertragbar noch vererblich sein.

Als Beschwerdegericht bestätigte das OLG München mit Beschluss vom 26.3.2012 (DNotI-Report 2012, 89) zunächst das Grundbuchamt in der Annahme, dass die Vormerkung nicht gem. §§ 22 Abs. 1, 29 GBO gelöscht werden könne. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass die Vormerkung mittlerweile einen anderen Anspruch sichere als denjenigen, für den sie in das Grundbuch eingetragen worden sei. Auch wenn eine bloße „Aufladung“ der Vormerkung nach den Umständen nicht wahrscheinlich sei, komme eine Löschung nach § 22 GBO nicht in Betracht, weil hierfür die bloße Wahrscheinlichkeit nicht ausreiche.

#### Entscheidung

Der BGH hob die ablehnenden Entscheidungen des AG und des OLG auf und wies das Grundbuchamt an, die Eintragung der Löschung nicht aus den vorgenannten Gründen abzulehnen. Es nahm dabei auf seinen **für die amtliche Sammlung vorgesehenen Beschluss vom 3.5.2012 (V ZB 258/11, DNotI-Report 2012, 98)** Bezug, in dem er die bisherige Rechtsprechung zum Wiederverwenden der Vormerkung konkretisiert und eingeschränkt hatte.

Mit der Aufhebung der Entscheidung des OLG München macht der V. Zivilsenat einmal mehr deutlich, dass die unrichtig gewordene Eintragung einer im Grundbuch stehen gebliebenen (Rückauffassungs-)Vormerkung durch nachträgliche Bewilligung nur dann für einen neuen Anspruch verwendet werden kann, wenn **Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent** sind. **Hieran fehlt es, wenn die Vormerkung** ausweislich der ursprünglichen Bewilligung (wie vorliegend) **für einen nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch** des Berechtigten **eingetragen** wurde und in Frage steht, ob sie einen anderweitigen, vererblichen Anspruch kraft nachfolgender Bewilligung sichern kann.

**BGB § 1365 Abs. 1; GBO § 19**  
**Prüfung der Verfügungsbeschränkung gem.**  
**§ 1365 Abs. 1 BGB durch das Grundbuchamt**

**Hat ein im gesetzlichen Güterstand lebender Grundstückseigentümer über ein ihm gehörendes Grundstück ohne Zustimmung des Ehegatten verfügt, darf das Grundbuchamt seine Verfügungsbefugnis nur anzweifeln, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen sowohl der objektiven als auch der subjektiven Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB bestehen (Bestätigung von BGHZ 35, 135).**

BGH, Beschl. v. 21.2.2013 – V ZB 15/12  
Abruf-Nr.: 11083R

**Problem**

Die Ehefrau erklärte 2006 in einem Erbvertrag, mit dem sie den gemeinsamen Sohn der Eheleute zum alleinigen Erben einsetzte, dass sie beabsichtige, ihren Grundbesitz schon zu Lebzeiten auf diesen zu übertragen. Für den Fall, dass die beabsichtigte Grundstücksübertragung nicht bis Mitte 2010 notariell beurkundet sein sollte, erteilte sie ihrem Sohn in der Urkunde unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die unwiderrufliche Vollmacht, den Grundbesitz auf sich zu übertragen und aufzulassen.

Im Jahr 2010 teilte der Sohn dem Ehemann (seinem Vater) mit, dass er beabsichtige, die Übertragung eines bestimmten Grundstücks der Ehefrau (seiner Mutter) auf sich vorzunehmen. Daraufhin gab der Ehemann dem Grundbuchamt zu verstehen, dass seine Zustimmung zu dieser Grundstücksübertragung gem. § 1365 BGB erforderlich und nicht erteilt worden sei. Das Grundstück stelle nämlich nahezu das gesamte Vermögen seiner Ehefrau dar. Dessen Wert belaufe sich auf ca. 2,5 bis 4 Mio. €, den hälftigen Miteigentumsanteil seiner Ehefrau am gemeinsamen Grundbesitz schätze er auf 135.000 bis 160.000 €, ihr übriges Vermögen betrage etwa 100.000 €.

Der Sohn nahm die Grundstücksübertragung aufgrund der ihm erteilten Vollmacht vor und erklärte die Auflassung. Nachdem der Notar dem Grundbuchamt auf Rückfrage mitgeteilt hatte, dass nach plausibler Darlegung § 1365 BGB nicht zur Anwendung komme, wurde der Sohn als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Dagegen wandte sich der Ehemann mit dem Begehren auf Eintragung eines Amtswiderspruchs.

**Entscheidung**

Das Begehren, einen Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen, blieb auch in der Rechtsbeschwerde erfolglos. Die maßgebliche Frage, ob das Grundbuchamt den neuen Eigentümer „unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften“ in das Grundbuch eingetragen hatte, verneinte der BGH.

Der Senat legt zunächst dar, dass das Grundbuchamt im Hinblick auf die erforderliche **verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis** von Amts wegen zu prüfen habe, ob der Bewilligende **Verfügungsbeschränkungen** unterliege. Eine solche Beschränkung könne sich, wie mit Bezug auf die ständige Rechtsprechung ausgeführt wird, auch bei Rechtsgeschäften über Einzelgegenstände aus § 1365 BGB ergeben, wenn der Gegenstand das ganze oder nahezu das ganze Vermögen ausmache. Bei größeren Vermögen sei dies i. d. R. anzunehmen, wenn dem verfügenden Ehegatten

weniger als 10 % seines ursprünglichen Gesamtvermögens verblieben. Außerdem müsse der Vertragspartner Kenntnis hiervon haben, zumindest aber von den Verhältnissen, aus denen sich dies ergebe.

Im Zentrum der Entscheidung stehen nunmehr die **Anforderungen, unter denen das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis des Ehegatten anzweifeln darf**. Da es sich beim Zustimmungserfordernis gem. § 1365 Abs. 1 BGB um eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis der Ehegatten bzgl. ihres Vermögens (§ 1364 BGB) handele, **könne das Grundbuchamt grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Rechtsgeschäft über ein Grundstück keine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstelle**. Das Grundbuchamt sei nur dann zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet, wenn es von den Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB **Kenntnis** habe oder wenn **aus den Eintragungunterlagen** oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung **naheliegender Umstände begründeter Anlass** zu einer solchen Annahme bestehe. Lediglich bei konkreten Anhaltspunkten sowohl für die objektiven als auch subjektiven Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB dürfe das Grundbuchamt die Zustimmung des anderen Ehegatten oder den Nachweis weiteren Vermögens verlangen (insoweit Bestätigung von BGHZ 35, 135, 139 ff.).

Im vorliegenden Fall sieht der BGH keinen begründeten Anlass, die Verfügungsbefugnis der Ehefrau in Zweifel zu ziehen. **Konkrete Anhaltspunkte** für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB wären zwar dann zu bejahen, **wenn sich der dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunde über das Grundstücksgeschäft entnehmen lasse, dass sich das Rechtsgeschäft auf den gesamten Grundbesitz eines Ehegatten beziehe**. Die notarielle Urkunde von 2006, in der die Bevollmächtigung erfolgt sei, enthalte jedoch kein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB. Die bloße Absichtserklärung, den Grundbesitz zu Lebzeiten auf den Sohn zu übertragen, bedeute keine Verpflichtung zu entsprechenden Verfügungen. Für § 1365 BGB sei erst auf das vom Vertreter ausgeführte Verfügungs- bzw. Verfügungsgeschäft abzustellen, das so zu beurteilen sei, wie wenn der vertretene Ehegatte es selbst vorgenommen hätte.

Auch das Schreiben des Ehemanns an das Grundbuchamt samt den darin enthaltenen Wertangaben begründet nach Auffassung des Senats keine konkreten Anhaltspunkte im obigen Sinne. Erforderlich sei, dass dem Grundbuchamt ein Sachverhalt unterbreitet werde, der so plausibel sei, dass sich ohne die Anstellung von Ermittlungen berechnete Bedenken an der Verfügungsbefugnis des Ehegatten aufdrängten, was den **Vortrag konkreter, durch entsprechende Nachweise hinreichend belegter Tatsachen** voraussetze. Die Angaben des Ehemanns stellten pauschale, nicht erkennbar auf nachvollziehbare Bewertungsgrundlagen gestützte Behauptungen dar. Derartige **bloße Wertangaben zum Grundbesitz des verfügenden Ehegatten reichten nicht** aus.

Der BGH konnte offenlassen, ob es auch an konkreten Anhaltspunkten für die erforderliche Kenntnis des Sohns von den Vermögensverhältnissen der Mutter fehlte. Dieser subjektive Tatbestand könne ggf. nur aus äußeren Indizien gefolgert werden. Immerhin gesteht der Senat zu, dass **bei engen Verwandten, sofern sie in Kontakt miteinander stünden, eine entsprechende Kenntnis nahe liege**.

**Ergänzend** zur vorstehenden Entscheidung sei noch auf die **Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH vom**

**16.1.2013** hingewiesen (XII ZR 141/10, NJW 2013, 1156; s. auch Anm. Litzburger, FD-ErbR 2013, 344100; Anm. Heinemann, FamFR 2013, 134). Darin hat der Senat herausgestellt, dass bei der Beurteilung, ob die Übertragung eines Grundstücks durch einen Ehegatten sein Vermögen im Ganzen betrifft, ein ihm **vorbehaltenes dingliches Wohnrecht als ihm verbliebenes Vermögen zu berücksichtigen** ist.

## Literaturhinweise

---

---

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

**Veranstaltungen**

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://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:** Notar a. D. Sebastian Herrler

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg