

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 164, 167, 168, 925; BeurkG §§ 51, 53 – Widerruf einer Vollmacht zwischen Beurkundung und Antragstellung beim Grundbuchamt; Ausfertigungssperre; Vorlagesperre

BGB §§ 2197, 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1, 164 ff., 181 – Erteilung einer Generalvollmacht durch einen Testamentsvollstrecker

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 1896 Abs. 2, 662, 666, 1922, 2039 – Postmortale Geltendmachung von Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen ggü. dem (Vorsorge-)Bevollmächtigten

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **BGB §§ 164, 167, 168, 925; BeurkG §§ 51, 53 Widerruf einer Vollmacht zwischen Beurkundung und Antragstellung beim Grundbuchamt; Ausfertigungssperre; Vorlagesperre**

#### I. Sachverhalt

A verkauft B ein Grundstück. Bei der Beurkundung wird A durch C vertreten, und zwar aufgrund einer auf C ausgestellten, in Ausfertigung vorliegenden Vorsorgevollmacht. Nach dieser Vollmacht ist C insbesondere berechtigt, den A in allen Vermögensangelegenheiten zu vertreten. Dem Kaufvertrag wird eine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung beigelegt. Die Auflassung wird von C und B erklärt und mitbeurkundet. Der Urkundsnotar arbeitet in seinen Kaufverträgen mit der Ausfertigungssperre (Erklärung der Auflassung, es werden dem Grundbuchamt aber keine vollständigen Ausfertigungen vorgelegt, bis die Voraussetzungen für die Eigentumsumschreibung gegeben sind). Für B wird eine Auf-

lassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Der Kaufpreis wird fällig gestellt und auch gezahlt.

Nach Fälligkeitsmitteilung widerruft A die Vollmacht gegenüber C und teilt diesen Widerruf dem Grundbuchamt mit. Es ist unklar, ob die Vollmacht vor dem Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt widerrufen worden ist oder danach. Das Grundbuchamt lehnt wegen des Widerrufs die Eigentumsumschreibung zugunsten des B ab.

#### II. Frage

Lehnt das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung zu Recht ab?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Grundprinzipien der Ausfertigungssperre

Die sog. beurkundungsrechtliche Lösung sieht vor, dass Veräußerer und Erwerber in der Kaufvertragsurkunde die Auflassung erklären und die Eigentumsumschreibung bewilligen und beantragen. Damit der Erwerber die Auflassung und Bewilligung nicht verwendet, um vor Erbringung der Gegenleistung die Eigentumsumschreibung zu veranlassen, weisen die Beteiligten den Notar an, bis zur Eigentumsumschreibung grundbuch-

taugliche Abschriften nur auszugsweise ohne den Text der Auffassung zu erteilen (vgl. § 51 Abs. 2 BeurkG). Zugleich wird der Notar angewiesen, die vollständige Ausfertigung mit Auffassung, Bewilligung und Anträgen erst dann beim Grundbuchamt zur Eigentumsbeschreibung einzureichen, wenn der Veräußerer den Empfang der Gegenleistung bestätigt oder der Erwerber sie dem Notar nachgewiesen hat (vgl. § 53 BeurkG: „gemeinsam etwas anderes verlangen“).

## 2. Materielle Rechtslage: Unwiderruflichkeit der Auffassung

Durch den Widerruf der Vollmacht könnte die Auffassung widerrufen worden sein. Voraussetzung eines wirksamen Eigentumsübergangs ist es, dass sich die Parteien im Zeitpunkt der Vollerfüllung des Rechtserwerbs (i. d. R. zum Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch als neuer Eigentümer) noch über den Eigentumsübergang einig i. S. d. §§ 873, 925 BGB sind. An sich kann die Einigungserklärung gem. § 873 Abs. 1 BGB einseitig widerrufen werden. Etwas anderes gilt jedoch gem. **§ 873 Abs. 2 BGB**, wenn sie notariell beurkundet wurde. Dies ist laut Sachverhalt der Fall, denn die Auffassung (§ 925 BGB, § 20 GBO) wurde beurkundet.

Des Weiteren muss die Vertretungsmacht den gesamten Inhalt der vom Vertreter abgegebenen Erklärungen decken und zur Zeit der Auffassung bestehen. Ein späterer Widerruf der Vollmacht oder Wegfall der Vertretungsmacht beeinträchtigt die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Auffassung nicht (Staudinger/Pfeifer/Diehn, BGB, 2017, § 925 Rn. 72), und zwar auch dann nicht, wenn die Vertretungsmacht in der Zeit zwischen Auffassung und Eintragung endet. Das Grundbuchamt darf nicht den Nachweis des Fortbestands der Vertretungsmacht auch noch für den Zeitpunkt der Grundbucheintragung verlangen (Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 72). Ein Widerruf der Vollmacht wirkt nicht zurück (BayObLG DNotZ 1983, 752).

Folglich konnte die Auffassung nicht wirksam widerrufen werden und ihre Bindungswirkung ist auch nicht nachträglich wegen des Fortfalls der Vertretungsmacht entfallen.

## 3. Grundbuchverfahrensrechtliche Rechtslage

Vorliegend könnte man allerdings daran denken, dass die Auffassung ihre grundbuchverfahrensrechtliche Vollziehbarkeit verloren hat, weil die Bewilligung (§§ 19, 29 GBO), gerichtet auf Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber, nachträglich weggefallen ist.

### a) Allgemeines zum Wirksamwerden der Bewilligung

Nach heute h. M. stellt die Eintragungsbewilligung

gem. § 19 GBO eine rein verfahrensrechtliche Erklärung dar, deren Wirksamkeit sich grundsätzlich nur **nach verfahrensrechtlichen Grundsätzen** beurteilt (vgl. OLG München DNotZ 2019, 450, 452; RNotZ 2019, 269, 272). Die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung und deren Unwiderruflichkeit fallen zusammen (BayObLG DNotZ 1994, 182, 183; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 106). Hat der Bewilligungsbefugte die Bewilligung nicht selbst erklärt, sondern über einen Vertreter (§ 15 Abs. 1 GBO), so kann die Bewilligung im Eintragungsverfahren nur verwendet werden, wenn der Bestand der vom Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfenden Vollmacht in dem für den Grundbuchvollzug maßgeblichen Zeitpunkt nachgewiesen ist (vgl. Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 288).

Als verfahrensrechtliche Erklärung wird die Bewilligung wirksam, **wenn die Urkunde in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt zur Herbeiführung einer Eintragung im Grundbuch zugeht** (KG FGPrax 2015, 10, 11; Schöner/Stöber, Rn. 107) **oder zur Vorlage beim Grundbuchamt demjenigen zugeht, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll** (KG FGPrax 2015, 10, 11; Schöner/Stöber, Rn. 107). Adressat der Eintragungsbewilligung ist nämlich gemäß ihrem Verfahrenszweck das Grundbuchamt und daneben auch die Person, zu deren Gunsten die Eintragungsbewilligung abgegeben wird. Erst mit dem Zugang beim Grundbuchamt oder beim Begünstigten, der damit durch eigene Antragstellung die Eintragung bewirken kann, kann die Bewilligung ihrem Verfahrenszweck gemäß Grundlage einer vom Grundbuchamt zu bewirkenden Eintragung sein. Dabei lässt prinzipiell nur der Zugang der Urschrift oder Ausfertigung der Urkunde, nicht derjenige einer lediglich beglaubigten Abschrift, den Schluss zu, dass – wie erforderlich – von der Bewilligung mit dem Willen des Betroffenen Gebrauch gemacht wird (OLG München DNotZ 2019, 450, 453; RNotZ 2019, 269, 272).

Ausnahmsweise wird die Bewilligung bereits mit dem Abschluss des Beurkundungsvorgangs wirksam, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die für den Begünstigten einen gesetzlichen (§ 51 BeurkG) und daher unentziehbaren Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der Bewilligungsurkunde begründen (Schöner/Stöber Rn. 107). Mit dem Bestehen des Anspruchs kann der Bewilligung die Eignung, Grundlage einer Grundbucheintragung zu sein, nicht mehr genommen werden.

### b) Wirksamwerden der Bewilligung bei Abgabe durch einen Vertreter

Ob sich der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Bewilli-

gung anders beurteilt, wenn diese von einem Vertreter abgegeben wird, ist umstritten.

#### aa) E. A.: Bestand der Vollmacht im Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung

Die u. E. zutreffende Ansicht argumentiert, dass die von der Vollmacht gedeckte Bewilligungserklärung schon im Zeitpunkt ihrer Erklärung bestehe, das Erlöschen der Vollmacht zwischen notarieller Beurkundung oder Beglaubigung der Bewilligung und Eingang beim Grundbuchamt sich daher nicht auf die Wirksamkeit der Erklärung auswirke. Mit der Abgabe der Bewilligung sei diese als verfahrensrechtliche Erklärung nach außen dokumentiert, auf das Wirksamwerden komme es hingegen nicht an. Das nachträgliche Erlöschen der Vollmacht berühre den Bestand der Bewilligung als Eintragungsgrundlage und damit deren mögliche Verwendung im Grundbuchverfahren nicht (Schöner/Stöber, Rn. 3581 mit Rn. 102a, 102e). Denn **auch sonst** wird es **bei verfahrensrechtlichen Erklärungen für unbeachtlich** gehalten, **wenn nach Erklärung, aber vor Wirksamwerden eine Handlungsvoraussetzung entfällt** (dazu bereits ausführlich Gutachten DNotI-Report 2019, 89, 90). Im Übrigen ist anerkannt, dass andere Defizite des Bewilligenden, die nach der Erklärung, aber vor Wirksamwerden der Bewilligung eintreten, unbeachtlich sind. So soll es etwa möglich sein, die Bewilligung nach § 19 GBO in einem Testament zu erklären: Dass die Bewilligung erst nach dem Tod des Erklärenden wirksam werde, sei in entsprechender Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB unbeachtlich (OLG Stuttgart ZErB 2012, 132 = MittBayNot 2013, 49 m. Anm. Kössinger). Konsequenterweise müsste dies auch für den Fall gelten, dass der Bewilligende nach Erklärung, doch vor Wirksamwerden der Bewilligung seine Vertretungsmacht verliert (so auch Schöner/Stöber, Rn. 102a ff.).

#### bb) A. A.: Bestand der Vollmacht bis zum Wirksamwerden der Bewilligung

Nach a. A. (OLG München DNotZ 2019, 450, 455; RNotZ 2019, 269, 273; KG FGPrax 2015, 10, 11; OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 8, 9; Schaub, in: Bauer/Schaub, AT G Rn. 1; KEHE/Munzig, 8. Aufl. 2019, § 19 Rn. 159) muss eine wirksame Vollmacht oder ein dieser gleichstehender Vertrauenstatbestand noch im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung – etwa durch Vorlage beim Grundbuchamt – bestehen. Der **Wegfall der Vollmacht** vor diesem Zeitpunkt führe zwar nicht zum Erlöschen der Bewilligung, er **hindere aber das Wirksamwerden der Bewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung** im Grundbuchverfahren, sofern der Mangel der Vollmacht nicht wegen eines Rechtsscheinstatbestands unerheblich sei (OLG München DNotZ 2019, 450, 454; RNotZ

2019, 269, 272). Nichts anderes gilt nach Auffassung des OLG München, wenn der Vertretene nicht die in seinem Namen erklärte Bewilligung widerruft, sondern die Vollmacht, und hierüber das Grundbuchamt unterrichtet; denn auch damit mache er klar, dass die Vorlage der Bewilligung beim Grundbuchamt durch den Vertreter nicht mehr seinem Willen entspreche. Zudem habe der Vertretene in der Regel keine andere Möglichkeit, als die Vollmacht zu widerrufen, da er die abgegebenen Bewilligungen regelmäßig nicht kennen werde und dem Grundbuchamt gegenüber nicht benennen könne (DNotZ 2019, 450, 455 f.; RNotZ 2019, 269, 273).

#### cc) Wirksamwerden bereits mit Abschluss der Beurkundung

Auch nach Auffassung des OLG München (DNotZ 2019, 450, 456; RNotZ 2019, 269, 273) kann die Bewilligung ausnahmsweise bereits mit Abschluss der Beurkundung wirksam werden, **wenn gem. § 51 Abs. 1 BeurkG ein Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung entstanden** ist. Gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG verfügt bei Niederschriften über Willenserklärungen derjenige über einen vom Willen der Betroffenen unabhängigen Anspruch auf eine Ausfertigung, der eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat oder in dessen Namen eine Erklärung abgegeben worden ist. Näher begründet wird diese Ausnahme vom Gericht jedoch nicht. Dogmatisch liegt ihr offenbar der Gedanke zugrunde, dass mit Entstehung des Anspruchs aus § 51 Abs. 1 BeurkG ein unentziehbarer Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung entsteht und folglich auch das Recht des Begünstigten, die in der Urkunde abgegebenen Erklärungen dem Grundbuchamt selbst zuzuleiten. Daher soll es also für das Wirksamwerden nicht mehr auf den Zugang beim Grundbuchamt ankommen; man verlegt den Zeitpunkt des Wirksamwerdens nach vorn auf denjenigen der Anspruchsentstehung. Im Ergebnis ist dies insofern überzeugend, als es für die Widerruflichkeit vom Zufall abhinge, ob der Anspruch gem. § 51 Abs. 1 BeurkG bereits erfüllt ist oder nicht.

Für die notarielle Praxis ist zu beachten, dass der Anspruch gem. § 51 Abs. 2 BeurkG oftmals dahingehend beschränkt wird, dass die Erteilung von Ausfertigungen oder beglaubigten Abschriften an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft ist, etwa an die Zahlung des Kaufpreises oder die Bestätigung des Empfängers über dessen Erhalt (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2019, § 51 Rn. 41). Inwieweit sich eine solche Ausfertigungssperre auf die Ansicht des OLG München auswirken würde, hat das OLG nicht angesprochen. Es hat sich also nicht dazu geäußert, ob der Anspruch nur dem Grunde nach bestehen muss oder ob auch alle Voraussetzungen für die tatsächliche Erteilung vorzuliegen haben. Auch bei Ver-

einbarung einer Ausfertigungssperre kann der Erwerber – ohne dass es der Veräußerer verhindern kann – die Voraussetzungen für den Anspruch selbst schaffen. Es spricht deshalb u. E. vieles dafür, dass es genügt, wenn der Veräußerer die Entstehung des Anspruchs gem. § 51 Abs. 1 BeurkG nicht mehr einseitig verhindern kann.

Da **im vorliegenden Fall der Kaufpreis bereits bezahlt** worden ist, greift die Ausfertigungssperre ohnehin nicht mehr ein, sodass dem Erwerber ein Anspruch gem. § 51 Abs. 1 BeurkG zusteht. Nimmt man die – *obiter dictum* getroffene – Aussage des OLG München zu § 51 BeurkG ernst, so ist der nachträgliche Wegfall der Vertretungsmacht ebenso ohne Belang wie nach der teilweise in der Literatur vertretenen Meinung, dass es auf die Abgabe der Erklärung ankommt (s. lit. aa).

#### 4. Ergebnis

Der Widerruf der Vollmacht beseitigt nicht die Bindungswirkung der Auffassung und der abgegebenen Bewilligung; das Grundbuchamt weigert sich also zu Unrecht, die Eigentumsumschreibung durchzuführen.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass unabhängig von der vertretenen Ansicht jedenfalls aus dem wirksamen Kaufvertrag stets ein Anspruch auf (erneute) Abgabe der Bewilligungserklärung erwachsen dürfte.

---

## BGB §§ 2197, 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1, 164 ff., 181

### Erteilung einer Generalvollmacht durch einen Testamentsvollstrecker

---

#### I. Sachverhalt

Im Grundbuch sind als Eigentümer eingetragen:

1. Frau A,
2. Kinder des verstorbenen Herrn A, nämlich K1 bis K3 in ungeteilter Erbengemeinschaft.

Abt. II enthält folgende Eintragungen:

1. Testamentsvollstreckervermerk auf dem gesamten Grundbesitz (Testamentsvollstreckerin ist Frau A),
2. Nießbrauch auf dem gesamten Grundbesitz für Frau A.

Der Grundbesitz soll veräußert werden. Dabei soll K1 allein auf Verkäuferseite auftreten, handelnd aufgrund notarieller Generalvollmacht (Vorsorgevollmacht) für Frau A. Im Ergebnis muss K1 sowohl für Frau A als Eigentümerin laut Grundbuch handeln wie auch für Frau A als Testamentsvollstreckerin.

In der Vorsorgevollmacht ist K1 von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, zur Übertragung der Testamentsvollstreckerbefugnisse verhält sich die Vollmacht nicht. In der Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses steht nichts zu § 181 BGB. Im Erbvertrag heißt es: „*ernannt mit allen Rechten, die einem Testamentsvollstrecker nach dem Gesetz eingeräumt werden können.*“

#### II. Fragen

1. Ist es möglich, die Befugnisse eines Testamentsvollstreckers durch Generalvollmacht auf einen Bevollmächtigten zu übertragen?

2. Ist ein Fall des § 181 BGB gegeben?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausgangspunkt: höchstpersönliche Natur des Testamentsvollstreckeramts

Hinsichtlich der „Übertragung“ der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers durch Generalvollmacht sind mehrere Fragen zu unterscheiden. Im Ausgangspunkt gilt:

Das Amt des Testamentsvollstreckers ist nach dem Gesetz höchstpersönlicher Natur. Es kann als Ganzes nicht auf einen Dritten übertragen werden, auch nicht mit Zustimmung der Erben (s. etwa BeckOGK-BGB/Tolksdorf, Std.: 1.9.2019, § 2218 Rn. 20; Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2218 Rn. 10). Lässt sich kein abweichender Erblasserwille nachweisen, so ist der Testamentsvollstrecker im Zweifel zur persönlichen Amtsführung verpflichtet (§§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB; KG DNotZ 2019, 304 = ZEV 2019, 27; Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2218 Rn. 2; Müller-Engels, ZEV 2019, 251, 252; Weber, DNotZ 2019, 306). Eine Voll- oder Teilübertragung des Amtes ist dem Testamentsvollstrecker daher im Zweifel nicht gestattet.

##### 2. Zulässigkeit einer Generalvollmacht des Testamentsvollstreckers

Von der durch §§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB im Zweifel untersagten Amtsübertragung (Substitution) ist die Frage zu unterscheiden, ob dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich die Erteilung einer **Generalvollmacht an Dritte** gestattet ist, **die auch die Wahrnehmung seiner Aufgaben als Testamentsvollstrecker umfasst**. Vereinzelt wird angenommen, die Erteilung einer Generalvollmacht sei dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich verwehrt, soweit sich nicht aus dem Erblasserwillen etwas anderes ergebe. Denn der Testamentsvollstrecker enttäusche das in ihn gesetzte Vertrauen nicht minder, wenn er seine Befugnisse durch Vollmacht pauschal auf Dritte übertrage (so insbesondere Winkler, Der Testaments-

vollstrecker, 22. Aufl. 2016, Rn. 468). Mit der h. M. halten wir diese Auffassung für zu restriktiv (so auch kürzlich KG DNotZ 2019, 304 Tz. 18; zuvor bereits KG JFG 7, 279, 281 f.; KGJ 27, 197, 199; KGJ 32, 91, 93). Nach ganz überwiegender Meinung ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei Erteilung einer Generalvollmacht durch den Testamentsvollstrecker umgekehrt zu sehen. Es ist also nicht Voraussetzung, dass der Erblasser diese in seinen testamentarischen Anordnungen ausdrücklich zugelassen hat. Wohl aber darf der Erblasser **keine** der Erteilung einer Generalvollmacht **entgegenstehende Anordnung** getroffen haben. Darüber hinaus muss die interne Entscheidungsbefugnis gegenüber dem Generalbevollmächtigten beim Testamentsvollstrecker verbleiben. Folglich muss die **Generalvollmacht** als jederzeit **widerruflich** ausgestaltet sein, denn nur in diesem Fall ist der Testamentsvollstrecker rechtlich in der Lage, seinen Willen durchzusetzen, um nach Widerruf der Vollmacht die Angelegenheit wieder selbst zu übernehmen (Müller-Engels, ZEV 2019, 251, 252; Weber, DNotZ 2019, 306; Reimann, MittBayNot 2019, 275, 276; so auch KG DNotZ 2019, 304 Tz. 17; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 52 Rn. 19; J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2015, § 15 Rn. 15; BeckOGK-BGB/Tolksdorf, § 2218 Rn. 38 ff.; Staudinger/Reimann, § 2218 Rn. 15; NK-BGB/Kroiß, 5. Aufl. 2018, § 2218 Rn. 6). Bei Beachtung dieser Maßgaben tritt keine andere Person an die Stelle des Testamentsvollstreckers, vielmehr bleibt dieser berechtigt, neben dem Bevollmächtigten persönlich aus eigenem Recht Rechtsgeschäfte für den Nachlass vorzunehmen (KG DNotZ 2019, 304 Tz. 17; JFG 7, 279, 282).

Sind im vorliegenden Fall mithin keine entgegenstehenden testamentarischen Anordnungen getroffen und ist die Generalvollmacht der Frau A – wie regelmäßig – widerruflich ausgestaltet, so könnte sie prinzipiell den Inhalt haben, dass Frau A auch in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des verstorbenen Herrn A vom Bevollmächtigten vertreten werden kann.

### 3. Auslegungsfrage: Erteilung einer Generalvollmacht durch den Testamentsvollstrecker im konkreten Fall

Dies leitet zu der Auslegungsfrage über, ob die von Frau A erteilte Generalvollmacht auch **im konkreten Fall mit dem Inhalt** erteilt worden ist, **dass der Bevollmächtigte K1 die Frau A in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin vertreten kann**. In seiner schon oben in Bezug genommenen Entscheidung hat das KG diese Auslegungsfrage für eine allgemeine General- und Vorsorgevollmacht unbedenklich bejaht (DNotZ 2019, 304 Tz. 22). Richtigerweise ist jedoch genauer zu

prüfen (so auch Reimann, MittBayNot 2019, 275, 276). Entscheidend ist dabei die Sachfrage, ob die erteilte Generalvollmacht nur die eigene Rechtssphäre des Vollmachtgebers betreffen sollte oder auch Angelegenheiten, die der Vollmachtgeber fremdnützig wahrnimmt. Um solche fremden Angelegenheiten handelt es sich bei der Wahrnehmung der Testamentsvollstreckung über den Nachlass eines anderen.

**Typischerweise** dürfte sich die **Vorsorgevollmacht**, wenn sie nicht ausdrücklich etwas anderes anordnet, **nicht** auf die **Wahrnehmung** derartiger **fremder Angelegenheiten** erstrecken. Die Vorsorgevollmacht dient nämlich der eigenen Vorsorge, insbesondere der Vermeidung einer Betreuerbestellung (§ 1896 Abs. 2 BGB). Die Betreuung nach §§ 1896 ff., 1902 BGB bezieht sich allerdings nur auf die Wahrnehmung eigener Angelegenheiten des Betreuten durch den als Vertreter eingesetzten Betreuer (§ 1896 Abs. 1 S. 1 BGB; dazu G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 33 ff.). Eine Betreuung kann daher von vornherein nicht angeordnet werden, wenn es um Angelegenheiten eines anderen als des Betreuten geht. In diesem Sinne sind bspw. Angelegenheiten der elterlichen Sorge zugleich Angelegenheiten der Kinder, sodass diese nicht vom Betreuer wahrgenommen werden können (LG Rostock NJW-RR 2003, 1370, 1371). Dies spricht dagegen, zumindest einer Vorsorgevollmacht ohne ausdrückliche Regelung durch Auslegung den Inhalt zu entnehmen, sie solle zugleich die Wahrnehmung der Aufgaben als Testamentsvollstrecker mitumfassen (Müller-Engels, ZEV 2019, 251, 253 f.; zu einem vergleichbaren Sachverhalt Gutachten DNotI-Report 2018, 185, 187). Das Erfordernis der Auslegung im Einzelfall betont auch *Tersteegen* (notar 2019, 208 f.), lehnt dabei aber die regelhafte Vermutung ab, dass fremde Angelegenheiten wie die Testamentsvollstreckerfunktion nicht von der Vollmacht umfasst sind. Selbst von diesem Ausgangspunkt aus müsste der weitergehende Vollmachtsumfang aber positiv durch Auslegung festgestellt werden. Letztlich ist in diesem Zusammenhang der anerkannte Grundsatz zu beachten, dass bei nicht aufzuklärenden Unsicherheiten über den Vollmachtsumfang **im Zweifel vom geringeren Umfang** auszugehen ist (BayObLG DNotZ 1997, 470; OLG München DNotZ 2011, 379, 380; NJW-RR 2012, 392, 393; DNotZ 2013, 139, 141; Staudinger/Schilken, 2014, § 167 Rn. 84; Demharter, § 19 Rn. 75).

Speziell bei der Übertragung von Aufgaben des Testamentsvollstreckers kommt noch ein besonderer gesetzlicher Gesichtspunkt hinzu (Müller-Engels, ZEV 2019, 251, 253 f.): Das **Amt des Testamentsvollstreckers erlischt** u. a. dann, **wenn er geschäftsunfähig** wird

(§§ 2225, 2201 Var. 1, 104 Nr. 2 BGB). In solchen Fällen ist ggf. ein Ersatztestamentsvollstrecker zu bestellen (§§ 2197 Abs. 2, 2199, 2200 BGB). Sollte also Frau A aufgrund einer geistigen Erkrankung mittlerweile geschäftsunfähig sein, so wäre ihr Amt als Testamentsvollstreckerin kraft Gesetzes erloschen. Dann käme die Wahrnehmung dieses Amtes aufgrund der Generalvollmacht ungeachtet der erörterten Auslegungsfrage aus Rechtsgründen nicht mehr in Betracht (so für eine andere Fallgruppe der Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes OLG Düsseldorf ZEV 2001, 281, 282 m. w. N.). Die Unabhängigkeit der vom Testamentsvollstrecker erteilten Vollmacht vom Fortbestand seiner eigenen Amtsstellung hat dagegen *Muscheler* (ZEV 2008, 213, 214 f.) mit der Begründung befürwortet, der Bevollmächtigte vertrete nicht den Testamentsvollstrecker, sondern durchgangsweise die Erben. Selbst diese Mindermeinung macht aber nur nochmals anschaulich, dass eine vom Testamentsvollstrecker nach dem Urkundswortlaut eigenen Namens erteilte (Vorsorge-)Vollmacht regelmäßig eben nicht im Sinne einer Vertretung anderer Personen ausgelegt werden kann.

Unseres Erachtens deckt daher im Ergebnis eine Vorsorgevollmacht, die sich zur Wahrnehmung der Testamentsvollstreckeraufgaben nicht ausdrücklich verhält, diese Angelegenheiten nicht ohne Weiteres mit ab. Ist ein Fall der §§ 2225, 2201 BGB eingetreten, so kommt die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Bevollmächtigten schon von Gesetzes wegen nicht mehr in Betracht.

#### 4. Anwendung des § 181 BGB

§ 181 BGB ist wegen seines Schutzzwecks nach allgemeiner Auffassung zwar auch auf Parteien kraft Amtes (wie den Testamentsvollstrecker) entsprechend anzuwenden (vgl. BGH NJW 1981, 1271; Palandt/Weidlich, § 2205 Rn. 25). Die Formulierung im Erbvertrag würden wir im Zweifel auch nicht dahin auslegen, dass sie eine Befreiung von § 181 BGB einschließt. Eine entsprechende Klarstellung dürfte bei dem notariell beurkundeten Erbvertrag nach § 17 BeurkG zu erwarten gewesen sein. Letztlich kann diese Auslegungsfrage vorliegend aber dahinstehen.

Vertritt man nämlich die Ansicht, dass entgegen den oben angeführten Gründen (Ziff. 3) die Vorsorgevollmacht dennoch die Wahrnehmung der Testamentsvollstreckeraufgaben mit abdeckt (auch weil kein Fall der §§ 2225, 2201 BGB gegeben ist), so wäre in dem geplanten Handeln von K1 gleichwohl **kein Fall des § 181 BGB** zu sehen. § 181 BGB ist tatbestandlich nur erfüllt, wenn der Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts handelt. Unanwendbar ist die Norm deswegen, wenn

der Vertreter nicht gegenläufige, sondern **parallele Willenserklärungen** abgibt. Davon ist auszugehen, wenn der Vertreter auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts für sich und zugleich für einen von ihm Vertretenen oder als Vertreter für mehrere Vertretene handelt (OLG Jena NJW 1995, 3126, 3127 = DNotI-Report 1995, 202; OLG Düsseldorf NJW 1985, 390; BayObLG NJW-RR 1986, 1077, 1078; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 8; Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 7). Eine solche Konstellation wäre gegeben, da K1 lediglich auf der Verkäuferseite des Rechtsgeschäfts aufträte und dabei für sich selbst und für die weiteren Verkäufer handelte. Einer Befreiung von § 181 BGB auch auf der Ebene der Anordnung der Testamentsvollstreckung (Verfügung von Todes wegen) bedarf es daher nicht.

#### 5. Ergebnis

Die Testamentsvollstreckerin könnte nach herrschender Auffassung eine widerrufliche Generalvollmacht zur Wahrnehmung der Testamentsvollstreckeraufgaben erteilen. Ob die von Frau A als Privatperson und nicht ausschließlich in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin erteilte Vollmacht zur Vertretung der Erben berechtigt, ist durch Auslegung zu ermitteln und im Fall einer Vorsorgevollmacht, die der Eigenvorsorge dient, eher abzulehnen. Beurteilt man dies im konkreten Sachverhalt anders, so wäre der Bevollmächtigte K1 nicht durch § 181 BGB am Auftreten für alle Verkäufer gehindert.

## 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.

#### **BGB § 1047; KAG RP § 10a**

**Wiederkehrende Ausbaubeiträge nach rheinland-pfälzischem Kommunalabgabenrecht als außerordentliche Lasten**

Abruf-Nr.:

#### **WEG § 1 Abs. 4; GBO § 3 Abs. 4 u. 5**

**Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum, wenn diesem (herrschenden) Grundstück das Miteigentum an einem anderen Grundstück zugebucht ist**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

BGB §§ 1896 Abs. 2, 662, 666, 1922, 2039

**Postmortale Geltendmachung von Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen ggü. dem (Vorsorge-)Bevollmächtigten**

**1. Erledigt ein Familienmitglied für den Vollmachtgeber Geldgeschäfte aufgrund einer (Vorsorge-)Vollmacht, so ist wegen des gegebenen rechtlichen und wirtschaftlichen Interesses an der Erledigung der Aufgabe davon auszugehen, dass der Vollmacht ein Auftrag i. S. d. § 662 BGB – mit der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des § 666 BGB – zugrunde liegt. Die einschränkende höchstrichterliche Rechtsprechung für eine Vollmacht unter zusammenlebenden Eheleuten (Annahme eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses ohne Rechtsbindungswillen) lässt sich auf andere Familienkonstellationen nicht übertragen.**

**2. Die aus § 666 BGB folgenden Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche des Auftraggebers sind vererblich und können bei Beerbung durch eine Erbengemeinschaft von jedem Miterben gem. § 2039 BGB auch gegenüber einem anderen Miterben geltend gemacht werden.**

**3. Auch wenn der Auftraggeber zunächst auf eine Rechnungslegung verzichtet hat, kann die Pflicht zur Rechnungslegung jederzeit wieder aufleben, wenn sich im Nachhinein erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers ergeben.** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Brandenburg, Urt. v. 2.4.2019 – 3 U 39/18

## Problem

Die 2016 verstorbene Vollmachtgeberin hatte ihren beiden Neffen im Jahr 2006 jeweils einzeln eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht erteilt. Dem zweiten Neffen – dem späteren Beklagten – erteilte die Vollmachtgeberin im Jahr 2009 darüber hinaus Kontovollmachten für ihre sämtlichen Konten. 2014 wurde die Vollmachtgeberin nach einem Krankenhausaufenthalt ins Pflegeheim verlegt. Gegenüber einer Mitarbeiterin des Landkreises ließ die Verstorbene verlauten, dass der Beklagte sich weiterhin um sie kümmere, und brachte ihr bestehendes Vertrauen zum Ausdruck. Tatsächlich hatte der Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits wiederholt unbefugt Geld vom Konto seiner Tante abgehoben und verbraucht. 2017 wurde er deshalb wegen Betrugs in elf Fällen zu 50 Tagessätzen verurteilt.

Nach dem Tod der Tante verklagte der zum Miterben eingesetzte andere Neffe seinen Bruder im Wege der

Stufenklage u. a. auf Auskunft und Rechnungslegung über die Verwaltung des Vermögens und der Einkünfte sowie der für die verstorbene Tante vorgenommenen Vollmachtsgeschäfte im gesamten Zeitraum seiner Vermögensverwaltung; er verlangte insbesondere Rechnungslegung bzgl. näher bezeichneter Bankkonten und Sparbücher der Vollmachtgeberin. Der Beklagte bestritt eine Auskunftsverpflichtung, zum einen weil zwischen ihm und der Verstorbenen kein Auskunftsverhältnis bestanden habe, zum anderen weil diese ihm gegenüber wirksam auf Rechnungslegung verzichtet habe.

## Entscheidung

Das OLG Brandenburg gibt der Klage auf Auskunft, Rechnungslegung und Belegvorlage statt. Der **Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung** folge aus § 666 BGB. Dieser Anspruch der Erblasserin ist aus Sicht des OLG bei ihrem Ableben gem. § 1922 BGB im Wege der Universalsukzession auf die Erbengemeinschaft übergegangen und kann **gem. § 2039 BGB** von jedem Miterben im Namen der Erbengemeinschaft auch **gegenüber einem anderen Miterben** geltend gemacht werden.

Nach Auffassung des OLG Brandenburg liegt den **Vollmachten** an den Neffen im konkreten Fall auch ohne Weiteres ein **Auftragsverhältnis i. S. d. § 662 BGB** zugrunde. Dafür – und gegen ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis – spreche, dass der Auftraggeber ein wesentliches Interesse an der Durchführung des Auftrags habe und er sich auf die Zusage des Leistenden verlasse. Von einem solchen Auftrag mit rechtlichen Verpflichtungen sei regelmäßig auszugehen, wenn ein Familienangehöriger Geldgeschäfte für einen anderen Familienangehörigen erledige – sei es im Rahmen einer Vorsorgevollmacht oder im Rahmen eines Einzelauftrags (vgl. OLG Schleswig BeckRS 2014, 12054 = ErbR 2014, 347). Die einschränkende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Bedeutung einer Vollmacht unter zusammenlebenden Eheleuten (bloßes Gefälligkeitsverhältnis wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses, vgl. BGH NJW 2000, 3199, 3200) lasse sich auf andere Familienkonstellationen nicht übertragen (so auch BGH BeckRS 2008, 17591 = ZErB 2009, 91; s. ferner OLG Karlsruhe BeckRS 2017, 113330, Tz. 28 = FamRZ 2017, 1873; OLG Schleswig BeckRS 2014, 12054).

Im vorliegenden Fall konnte der Beklagte auch nicht mit Erfolg einwenden, dass die Vollmachtgeberin auf die **Rechnungslegung verzichtet** habe. Zum einen sei ein wirksamer Verzicht auf die Rechnungslegung (etwa im Zusammenhang mit der Äußerung gegenüber der Behördenmitarbeiterin) nicht festzustellen gewesen. Zum anderen schließe nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH NJW-RR 1987, 963, 964) ein

wirksamer Verzicht die nachträgliche Rechnungslegung nicht aus, wenn sich **im Nachhinein Zweifel an der Zuverlässigkeit** des Beauftragten aufdrängten. Dies sei vorliegend im Hinblick auf die strafgerichtliche Verurteilung des Beklagten wegen Betrugs zum Nachteil der Erblasserin ohne Weiteres der Fall gewesen, sodass die Berufung auf den Verzicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoße.

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:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit