

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Fax-Abruf-Nr.: 11539#

letzte Aktualisierung: 24. September 2008

FGG §§ 1, 13; ZPO §§ 79, 80 ff., 794 Abs. 1 Nr. 5; GBO §§ 12, 29, 30; BeurkG § 17 Abs. 2a Einschränkung der Vertretung bei Bestellung, Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Eintragungsbewilligung für die Finanzierungsgrundschuld sowie der Vollzugsvollmacht für Notarmitarbeitern durch § 79 ZPO und § 13 FGG in der ab 1.7.2008 geltenden Fassung? (Bezugnahme auf BNotK-Rundschreiben Nr. 24/2008 vom 5.9.2008 und Nr. 26/2008 vom 12.9.2008)

I. Sachverhalt

Das Grundbuchamt lehnt die Eintragung einer vom Käufer in Vertretung des Verkäufers aufgrund einer Finanzierungsvollmacht bestellten Finanzierungsgrundschuld unter Hinweis auf § 79 ZPO bzw. § 13 Abs. 2 FGG in der ab 1.7.2008 geltenden neuen Fassung ab.

Ebenfalls unter Berufung auf § 13 FGG n. F. weist das Grundbuchamt daraufhin, dass es von Notarangestellten aufgrund einer Vollzugsvollmacht abgegebene Erklärungen (die vom Notar beurkundet bzw. unterschriftsbeglaubigt wurden) künftig zurückweisen müsse.

Das Grundbuchamt zweifelt auch, ob Notarangestellten im Lichte des § 13 FGG n. F. weiterhin Einsicht in Grundakten gewährt werden könne.

II. Fragen

1. Ist es auch nach der Neufassung von § 79 ZPO und § 13 FGG wie bisher möglich, dass der Käufer die **Finanzierungsgrundschuld** aufgrund einer **Finanzierungsvollmacht** als Vertreter des Verkäufers bestellt?

2. Kann der Käufer aufgrund dieser Vollmacht wie bisher die **Zwangsvollstreckungsunterwerfung** für die Grundschuld auch in Vertretung des Verkäufers erklären – oder können dies nur mehr die in § 79 ZPO bezeichneten Personen als Bevollmächtigte?
3. Kann der bevollmächtigte Käufer wie bisher die **Eintragungsbewilligung** für die Grundschuld auch in Vertretung des Verkäufers erklären – oder können dies nur mehr die in § 13 FGG bezeichneten Personen als Bevollmächtigte?
4. Können Notarangestellte nach § 13 FGG nicht mehr aufgrund einer **Vollzugsvollmacht** für die Beteiligten Erklärungen zur Urkunde des Notars abgeben, soweit die Erklärungen dem Grundbuchamt einzureichen sind?
5. Untersagt § 13 FGG n. F. die **Grundbucheinsicht** (genauer die Einsicht in Grundakten) durch Notarangestellte?

III. Zur Rechtslage

1. Einschlägige Rechtsnormen

Im Rahmen des **Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts** vom 12.12.2007 (BGBl. 2007 I, 2840) wurden auch die Vorschriften über die Vertretung und Bevollmächtigung im Zivilprozess sowie im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit neu geregelt.

a) § 13 FGG n.F.

Nach § 13 Abs. 2 FGG in der ab 1.7.2008 geltenden Fassung können sich die Beteiligten im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Bevollmächtigte, soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, lediglich bestimmte Personen vertretungsbefugt, darunter insbesondere auch Notare.

Soweit von Bedeutung hat § 13 FGG folgenden neuen Wortlaut (der sich weitgehend an § 79 ZPO n. F. anlehnt):

- „(1) Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, können die Beteiligten das Verfahren selbst betreiben.
- (2) Die Beteiligten können sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Be-

vollmächtigte, soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, vertretungsbefugt nur

1. Beschäftigte des Beteiligten oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens ...,
 2. volljährige Familienangehörige ..., Personen mit Befähigung zum Richteramt und die Beteiligten, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht,
 3. Notare.
- (3) Das Gericht weist Bevollmächtigte, die nicht nach Maßgabe des Absatzes 2 vertretungsbefugt sind, durch unanfechtbaren Beschluss zurück. Verfahrenshandlungen, die ein nicht vertretungsbefugter Bevollmächtigter bis zu seiner Zurückweisung vorgenommen hat, und Zustellungen oder Mitteilungen an diesen Bevollmächtigten sind wirksam.
- (4) Die Vollmacht ist schriftlich zu den Gerichtsakten einzureichen. Sie kann nachgereicht werden; ... Der Mangel der Vollmacht kann in jeder Lage des Verfahrens geltend gemacht werden. Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn nicht als Bevollmächtigter ein Rechtsanwalt oder Notar auftritt.”

b) § 79 ZPO n.F.

§ 79 ZPO lautet nunmehr:

„§ 79 Parteiprozess

- (1) Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst führen. Parteien, die eine fremde oder ihnen zum Zweck der Einziehung auf fremde Rechnung abgetretene Geldforderung geltend machen, müssen sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen, soweit sie nicht nach Maßgabe des Absatzes 2 zur Vertretung des Gläubigers befugt wären oder eine Forderung einziehen, deren ursprünglicher Gläubiger sie sind.
- (2) Die Parteien können sich durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Bevollmächtigte vertretungsbefugt nur
 1. Beschäftigte der Partei oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens (§ 15 des Aktiengesetzes); Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch

Beschäftigte der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie angehören, vertreten lassen,

2. volljährige Familienangehörige (§ 15 der Abgabenordnung, § 11 des Lebenspartnerschaftsgesetzes), Personen mit Befähigung zum Richteramt und Streitgenossen, wenn die Vertretung nicht im Zusammenhang mit einer entgeltlichen Tätigkeit steht,
 3. Verbraucherzentralen und andere mit öffentlichen Mitteln geförderte Verbraucherverbände bei der Einziehung von Forderungen von Verbrauchern im Rahmen ihres Aufgabenbereichs,
 4. Personen, die Inkassodienstleistungen erbringen (registrierte Personen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes) im Mahnverfahren, bei Vollstreckungsanträgen im Verfahren der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen wegen Geldforderungen einschließlich des Verfahrens zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung und des Antrags auf Erlass eines Haftbefehls, jeweils mit Ausnahme von Verfahrenshandlungen, die ein Streitiges Verfahren einleiten oder innerhalb eines Streitigen Verfahrens vorzunehmen sind. Bevollmächtigte, die keine natürlichen Personen sind, handeln durch ihre Organe und mit der Prozessvertretung beauftragten Beschäftigten.
- (3) Das Gericht weist Bevollmächtigte, die nicht nach Maßgabe des Absatzes 2 vertretungsbefugt sind, durch unanfechtbaren Beschluss zurück. Prozesshandlungen eines nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten und Zustellungen oder Mitteilungen an diesen Bevollmächtigten sind bis zu seiner Zurückweisung wirksam. Das Gericht kann den in Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Bevollmächtigten durch unanfechtbaren Beschluss die weitere Vertretung untersagen, wenn sie nicht in der Lage sind, das Sach- und Streitverhältnis sachgerecht darzustellen.
- (4) ...”

2. Grundschuldbestellung aufgrund Finanzierungsvollmacht (§§ 1191, 873 BGB)

a) Materielles Recht

An den Rechtsgrundlage für die Vertretung bei dem **materiell-rechtlichen Rechtsgeschäft** der Grundschuldbestellung (§§ 1191, 1115 ff., 873 BGB) hat sich durch die Neufassung von § 79 ZPO, § 13 FGG nichts geändert; insoweit gelten allein §§ 164 ff. BGB. Für die Grundschuldbestellung ist – wie allgemein für alle sachenrechtlichen Rechtsgeschäfte – eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung zulässig.

b) Beurkundungsverfahren

Allenfalls könnte man daran denken, ob beurkundungsverfahrensrechtlich sich nunmehr eine Beschränkung aus § 13 FGG n.F. ergibt (ähnlich wie für Verbraucherverträge sich aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG beurkundungsverfahrensrechtliche Erfordernisse ergeben).

Die Frage ist aber bereits, ob § 13 FGG auf das Beurkundungsverfahren überhaupt **anwendbar** ist.

- (1) Vor Inkrafttreten des BeurkG (zum 1.1.1970) wurde das Beurkundungsverfahren insbesondere einerseits in §§ 168-182 FGG a. F., andererseits in §§ 2233-2246 und 2276 BGB geregelt (letztere für die Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen). Mit Inkrafttreten des Beurkundungsgesetzes wurde das Beurkundungsverfahren in einem Sondergesetz außerhalb des FGG geregelt. Nach **§ 1 FGG** gilt das FGG für „diejenigen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sind“. Das Beurkundungsverfahren ist aber nach § 20 Abs. 1 BNotO den Notaren übertragen; hierfür gilt das Beurkundungsgesetz (§ 1 Abs. 1 BeurkG), nicht das FGG. Damit gelten auch die allgemeinen Vorschriften des FGG grundsätzlich **nicht mehr unmittelbar für das Beurkundungsverfahren**.
- (2) Allenfalls kann man bei entsprechenden Regelungslücken des BeurkG eine **analoge Anwendung** des FGG erwägen. Für die Vertretungsbefugnis fehlt es aber bereits an der für eine Analogie erforderlichen Regelungslücke. So hat das BeurkG in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG ausdrücklich eine Hinwirkungspflicht für die persönliche Abgabe von Willenserklärungen durch Verbraucher angeordnet bzw. für deren Vertretung durch eine Vertrauensperson; indirekt kommt damit zum Ausdruck, dass das BeurkG im Übrigen die Vertretung von Beteiligten nicht verfahrensrechtlich untersagt oder einschränkt, soweit diese materiell-rechtlich zulässig ist.
- (3) Auch beurkundungsverfahrensrechtlich ergeben sich damit **keine Einschränkungen** für die Vertretung des Verkäufers durch den Käufer bei der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld (BNotK, Rundschreiben Nr. 26/2008 vom 12.9.2008 Abschnitt A. Ziffer III. 2. – im Internet auf der Homepage der BNotK – unter Unser Service/Hinweise und Empfehlungen – und auf der Homepage des DNotI – auf letzterer unter Gesetzesänderungen/Berufs-, Beurkundungs- und Verfahrensrecht).

(Auch § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG greift für die Bevollmächtigung des Käufers durch die Finanzierungsgrundschuld nicht ein, da der Verkäufer bereits im Rahmen der der Grundschuldbestellung vorangegangenen Kaufvertragsbeurkundung eine entsprechende Verpflichtung eingegangen war, vgl. BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 vom 28.4.2003, Ziffer C) III.).

3. Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

Die Frage der Vertretung bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist getrennt davon zu prüfen. Hier könnte eine Vertretung nur mehr durch die in § 79 ZPO zugelassenen Personen möglich sein.

Relevant ist die Frage i.d.R. nur, soweit eine Vollstreckung noch in Betracht kommt, solange der **Verkäufer noch Eigentümer** ist. Erfolgt eine Vollstreckung erst nach Eigentumsumschreibung auf den Käufer und hat sich dieser der Zwangsvollstreckung (jedenfalls auch) im eigenen Namen unterworfen ("zugleich als künftiger Eigentümer"), so muss die Vertretungsmacht für die (auch) im Namen des Verkäufers erklärte Unterwerfung gar nicht mehr geprüft werden (vgl. BGH MDR 2005, 572 = NJW-RR 2005, 1359, 1360 = ZfIR 2005, 884; BGH DNotI-Report 2008, 118 = NJW-RR 2008, 1018 = Rpfleger 2008, 433 = ZfIR 2008, 468 = ZNotP 2008, 331).

a) **Rechtsgrundlage für Bevollmächtigung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung: § 164 BGB oder §§ 80 ff. ZPO?**

Im Grundsatz besteht darüber Einigkeit, dass die **Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch im fremden Namen erklärt werden kann**. Bestand bei Abgabe der Unterwerfungserklärung die Vertretungsmacht oder wurde die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nachträglich genehmigt, so wirkt diese Unterwerfung für und gegen den Vertretenen und schafft einen wirksamen Vollstreckungstitel (vgl. etwa: Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, ZPO, 66. Aufl. 2008, § 794 ZPO Rn. 38; Musielak/Lackmann, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 794 ZPO Rn. 36; Zöller/Stöber, ZPO 26. Auflage 2007, § 794 Rn. 29a; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 12.40).

Umstritten ist jedoch, auf welcher **Rechtsgrundlage** die Vollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung erteilt werden kann.

Einigkeit besteht noch, dass die Unterwerfungsvollmacht – wie die Unterwerfungserklärung selber – **Prozesshandlung** ist (BGH DNotZ 2004, 360 = NJW 2004, 844; Wolfsteiner, Rn. 12.42).

- (1) Aus diesem Grundsatz folgert der **BGH**, dass die Vollmacht zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung den **Regeln der Prozessvollmacht der §§ 78, 80 ff. ZPO** unterliege und nicht den materiell-rechtlichen Regelungen der §§ 164 ff. BGB (BGH DNotZ 1981, 738 = MDR 1981, 568 = WM 1981, 189 = ZIP 1981, 158: Anknüpfung nach lex fori, nicht nach materiellem IPR; BGH WM 1987, 307 sowie BGHZ 154, 283 = DNotI-Report 2003, 86 = DNotZ 2003, 694 = NJW 2003, 1594, 1595: keine Geltung der Rechtsscheinsvorschriften der §§ 170, 172 ff. BGB; BGH DNotZ 2004, 360 = NJW 2004, 844: Form beurteilt sich nach § 80 ZPO, nicht nach § 167 BGB; vgl. auch Paulus/Henke, Rechtschein der Prozessvollmacht, NJW 2003, 1662 ff.).

In seiner jüngsten diesbezüglichen Entscheidung führt der BGH aus:

„... ist die Vollstreckungsunterwerfungserklärung keine privatrechtliche, sondern eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung, die rein prozessualen Grundsätzen untersteht (...). Das bedeutet, dass die auf Abgabe einer solchen Erklärung gerichtete Vollmacht allein den Vorschriften der §§ 80 ff. ZPO und nicht denen der §§ 164 ff. BGB unterfällt (...).

Damit erweisen sich die Ausführungen des Berufungsgerichts zu § 167 Abs. 2 BGB bereits im Ausgangspunkt als verfehlt. Auf die Frage, wann eine Vollmacht abweichend von § 167 Abs. 2 BGB der Form des abzuschließenden Rechtsgeschäfts bedarf, kommt es für die hier allein maßgebliche Prozessvollmacht nicht an. Die Vorschriften der §§ 80 ff. ZPO bilden für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht. Materiell-rechtliche Regelungen über die Vollmacht können daher nur Geltung erlangen, wenn die Zivilprozessordnung auf sie verweist oder in ihnen allgemeine Rechtsgedanken der Stellvertretung zum Ausdruck kommen (...). Das ist hier nicht der Fall. Die Zivilprozessordnung enthält insbesondere in den §§ 80, 89 Abs. 2 eigene Regelungen, die eine notarielle Beurkundung der Prozessvollmacht nicht vorsehen. Die Prozessvollmacht kann danach formlos – sogar durch schlüssiges Verhalten (§ 89 Abs. 2 ZPO) – erteilt werden (...).“

- (2) Demgegenüber vertritt insbesondere **Wolfsteiner**, dass für die Vertretung bei der Abgabe der Unterwerfungserklärung die Regeln der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung der **§§ 164 ff. BGB** gelten (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 12.41 und 12.43; MünchKomm/Wolfsteiner, ZPO, 3. Aufl. 2007, § 794 Rn. 151). Hiernach bedarf im Regelfall die Vollmacht nicht der Form des Rechtsgeschäftes (§ 167 Abs. 2 BGB), so dass nach Wolfsteiner der Notar sich damit begnü-

gen kann, aufgrund mündlicher Vollmacht des Vertretenen durch den Vertreter eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkunden zu lassen.

b) Neufassung des § 79 ZPO

Auf Grundlage der Einordnung der Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung unter §§ 78 ff. ZPO nach der Rechtsprechung des BGH könnte es naheliegen, auch § 79 ZPO n. F. auf die Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung anzuwenden und daher eine rechtsgeschäftliche Vertretung nur durch die dort genannten Personen (Rechtsanwälte, Familienangehörige etc.) für zulässig zu halten.

aa) Erste Stellungnahmen

In der – soweit ersichtlich – ersten Stellungnahme in der Literatur zu dieser Frage begründet *Stöber* (NotBZ 2008, 209, 212 f.), warum seines Erachtens § 79 ZPO nicht für die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vor einem Notar nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gilt. Für das Verfahren zur Errichtung einer nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vollstreckbaren notariellen Urkunde finde allein das BeurkG, nicht aber die ZPO Anwendung. Die Handlungsfähigkeit eines Beteiligten werde durch das BeurkG nicht beschränkt. § 79 ZPO n.F. gilt insoweit nur für den Parteiprozess, nicht für das Beurkundungsverfahren.

Die **Bundesnotarkammer** hat sich dieser Rechtsansicht angeschlossen (BNotK, Rundschreiben Nr. 24/2008 vom 5.9.2008, Ziffer II. 1. – im Internet auf der Homepage der BNotK – unter Unser Service/Hinweise und Empfehlungen – und auf der Homepage des DNotI – auf letzterer unter Gesetzesänderungen/Berufs-, Beurkundungs- und Verfahrensrecht).

Stöber weist insbesondere darauf hin, dass sich die Anwendung des § 79 ZPO keineswegs zwangsläufig aus der **bisherigen BGH-Rechtsprechung** ergebe. Denn der BGH hatte in den bisherigen Entscheidungen nur über die für die Vollmacht erforderliche Form zu entscheiden sowie über die Geltung der Rechtscheinvorschriften der §§ 170 ff. BGB. Die Frage der Zulässigkeit der Vertretung wurde immer lediglich implizit bejaht, aber nie aus §§ 78 ff. ZPO begründet; daher ist die Begründung in der BGH-Rechtsprechung noch offen. In anderen Fällen wandte der BGH sehr wohl auch materiell-rechtliche Vorschriften auf die Unterwerfungsvollmacht an, insbes. § 134 BGB, um die Unwirksamkeit auch der Vollmacht bei einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz a.F. zu begründen (Stöber, NotBZ 2008, 209).

bb) Tatbestand des § 79 ZPO n.F.

Auch unseres Erachtens ist dieser Ansicht zu folgen. **§ 79 ZPO gilt** für das gerichtliche Erkenntnisverfahren und das gerichtliche Vollstreckungsverfahren, **nicht für das Beurkundungsverfahren** der Zwangsvollstreckungsunterwerfung:

- Der **Gesetzeswortlaut** spricht in der Grundregel des § 79 Abs. 1 ZPO von der Befugnis, den “Rechtsstreit selbst führen” zu können. Auch die Zulassung von Vertretern in Abs. 2 bezieht sich damit auf das Führen des Rechtsstreits — und nicht auf die Vollstreckungsunterwerfung.
- Der **Zweck** des Gesetzes war, die Prozessvertretung neu zu regeln, die bisher einesteils in der ZPO geregelt war (§ 78 ZPO a.F. für die Vertretung im Termin), anderenteils im Rechtsberatungsgesetz (für die außergerichtliche Beratung). Dies sollte zusammengefasst werden. Dies zeigen die Materialien der **Entstehungsgeschichte**. So heißt es in der Regierungsbegründung:

“Die Neuregelung der Vertretungsbefugnis im Parteiprozess hebt die bisherige Trennung zwischen der Vertretung außerhalb der Verhandlung und der Vertretung im Termin auf. Die Zulässigkeit der Prozessvertretung soll künftig einheitlich für das gesamte Verfahren geregelt werden.”

(Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/3655, S. 85).

Weder nach dem Gesetzeswortlaut noch nach dem Zweck des Gesetzes war daher eine Änderung der bisherigen Rechtslage zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung beabsichtigt.

U. E. ergibt sich daher für die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung durch einen Vertreter aufgrund der Neufassung des § 79 Abs. 2 ZPO keine Änderungen.

§ 79 ZPO ist u. E. schon tatbestandlich auf die Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu notarieller Urkunde nicht anwendbar. Der Schuldner kann sich sonach auch künftig ohne weiteres durch einen bevollmächtigten Vertreter bei Abgabe der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung in einer notariellen Urkunde vertreten lassen.

Es gelten freilich die allgemeinen Grenzen des Vertretungsrechts und insbesondere auch die an die Stelle des RBerG getretenen Vorschriften des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG).

cc) Rechtsfolge

Folgt man hingegen der Gegenauffassung und hält man § 79 Abs. 2 ZPO auch im notariellen Beurkundungsverfahren für anwendbar, so müsste der Notar eine Vertretung durch andere als die in § 79 Abs. 2 ZPO aufgezählten Personen **zurückweisen** (§ 79 Abs. 3 S. 1 ZPO) und dürfte Vollstreckungsunterwerfungserklärungen durch andere Bevollmächtigte wohl nicht mehr beurkunden (§ 4 BeurkG).

Erfolgt gleichwohl eine Beurkundung (etwa weil der Notar die Vertretung nach der auch hier vertretenen Meinung weiterhin für zulässig hält), so ist – unabhängig, welche Meinung man vertritt – die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung jedenfalls nach § 79 Abs. 3 S. 2 ZPO uneingeschränkt **wirksam**. Denn nach § 79 Abs. 3 S. 2 ZPO sind „Prozesshandlungen eines nicht vertretungsbefugten Bevollmächtigten ... bis zu seiner Zurückweisung wirksam“.

Das Grundbuchamt kann daher die Eintragung der vom Vertreter erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch dann nicht zurückweisen, wenn nach seiner Rechtsansicht § 79 ZPO auf die Unterwerfungserklärung anwendbar ist (BNotK, Rundschreiben Nr. 24/2008 vom 5.9.2008, Ziffer II. 2.).

c) Neufassung des § 13 Abs. 2 FGG

Aus § 13 FGG kann sich keine Beschränkung der Vertretung bei der Vollstreckungsunterwerfung ergeben, da § 13 FGG auf das Beurkundungsverfahren gar nicht anwendbar ist (s.o. Ziffer III. 2. b).

4. Eintragungsantrag und -bewilligung (§§ 13, 19 GBO)

Möglicherweise kann aber nach der Neufassung des § 13 FGG die Bewilligung (und der Eintragungsantrag) im Grundbuchverfahren nur mehr von den nach § 13 Abs. 2 FGG zugelassenen Bevollmächtigten gestellt bzw. erklärt werden.

a) Bisherige Rechtslage

Nach allgemeiner Ansicht war jedenfalls bisher eine Vertretung sowohl im Immobiliarsachenrecht wie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zulässig, einschließlich der Bewilligung nach § 19 GBO (Demharter, GBO, 26. Aufl. 2008, § 19 GBO Rn. 74; Schaub, in: Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, AT VII Rn. 1; Hügel/Reetz, GBO, 2007, Vertretungsmacht Rn. 1; KEHE-Munzig, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 19

GBO Rn. 183; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, Einl. I Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3532).

Die grundbuchrechtliche Literatur begründet diese Feststellung in aller Regel nicht weiter; insbesondere verweist sie dafür **nicht auf § 13 FGG a. F.** (mit einer Ausnahme bei Meikel/Böttcher, Einl. F Rn. 62). Hingegen finden sich in allen zitierten Literaturstellen umfangreiche Ausführungen zur Anwendung der §§ 164 ff. BGB auf die Vertretung im Grundbuchverfahren. Auch die Kommentarstellen, die die Anwendbarkeit des FGG behandeln (soweit nicht Spezialvorschriften der GBO eingreifen), gehen nicht auf die Frage der Vertretung ein (Bauer/von Oefele, AT I Rn. 41; Demharter, § 1 GBO Rn. 27; KEHE-Eickmann, § 1 GBO Rn. 26; Meikel/Böttcher, Einl. F Rn. 1).

b) Neufassung des § 13 FGG

Zur Neufassung des § 13 FGG werden in der jetzigen Diskussion (die in der Literatur noch keinen Niederschlag gefunden hat) v.a. drei Positionen vertreten:

- § 13 FGG ist auch auf alle Erklärungen anwendbar, die gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden.
- § 13 FGG ist nur auf den Grundbuchantrag (§ 13 GBO) anwendbar, nicht aber auf die Grundbuchbewilligung (§ 19 GBO).
- § 13 FGG ist auf Eintragungsverfahren überhaupt nicht anwendbar, also weder auf die Bewilligung (§ 19 GBO), noch auf den Antrag (§ 13 GBO).

aa) Tatbestand: Keine Anwendung auf Eintragungsverfahren

Unseres Erachtens hat sich durch die Neufassung des § 13 FGG an der bisherigen Zulässigkeit der Vertretung in Eintragungsverfahren nichts geändert.

- Zwar spricht der Wortlaut der Vorschrift gegen diese Einschätzung.
- Anderes ergibt sich jedoch unter Berücksichtigung der **Gesetzesmaterialien**.

Die Neufassung des § 13 FGG dient der Begrenzung der **Vertretung im Prozess**. Der Gesetzeswortlaut deutet dies in § 13 Abs. 1 GBO zumindest an. V. a. ergibt sich dieser Zweck aber aus der Entstehungsgeschichte: Bisher ergab sich die Beschränkung der Prozessvertretung im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus der Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes; nunmehr ist sie unmittelbar im FGG geregelt. Sachlich sollte damit aber lediglich die Prozessvertretung bzw. die Vertretung in Gerichtsverfahren geregelt werden. Nur insoweit sollten die Vertretungsbefugnisse im gerichtlichen Verfahren und in den zivil- und öffentlich-rechtlichen

Verfahrensordnungen angeglichen werden (BT-Drucks. 16/3655, S. 2 und S. 33). Nicht erfasst ist unseres Erachtens davon aber die Vertretungsbefugnis **in Eintragungsverfahren**, die auch bisher nicht dem RBerG unterfielen.

So heißt es in der **Regierungsbegründung**:

„Die Änderung des § 13 FGG dient dazu, nach dem Inkrafttreten des RDG eine Begrenzung der Prozessvertretungsbefugnis, die bisher auch im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Anwendung des RBerG erfolgt ist, beizubehalten ...”

(Regierungsbegründung zum Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts, BT-Drs. 16/3655 v. 30.11.2006, S. 92 = BR-Drucks. 623/06, S. 203).

Unseres Erachtens ist daher eine einschränkende Auslegung (oder ggf. eine teleologische Reduktion) des § 13 FGG vorzunehmen, dass § 13 FGG n. F. für Eintragungsverfahren nicht anwendbar ist (Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2008, § 29 GBO Rn. 40 – zitiert nach Druckfahnen). Jedenfalls fallen Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBO) nicht darunter (BNotK, Rundschreiben Nr. 26/2008 vom 12.9.2008, Teil A. Ziffer III. 2.)

bb) GBO als lex specialis

Dass die Grundbuchordnung selbst von der Möglichkeit einer Vertretung auch bei der Antragstellung und bei der Eintragungsbewilligung ausgeht, zeigt sich an verschiedenen **ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen** über eine Vermutung der Vertretungsmacht des Notars (§ 15 GBO) bzw. über die Form der Vollmacht (§§ 30, 31 S. 3 GBO). Dabei zitiert auch bisher die Literatur zum FGG z. T. derartige Spezialvorschriften als Beleg für die Zulässigkeit der Vertretung in den Registerverfahren. (So zitiert etwa Jansen/von König, FGG, 3. Aufl. 2006, § 13 FGG Rn. 39, die § 15 GBO entsprechende Vorschrift des § 129 FGG zum Antragsrecht der Notare im Handelsregisterverfahren als Beleg für die Zulässigkeit der Antragstellung durch Bevollmächtigte gegenüber dem Handelsregister.) Zimmermann (in: Keidel/Kuntze/Winkler, 15. Aufl. 2003, § 13 FGG Rn. 4) behandelt die Anmeldungen jedenfalls als gesonderte Fallgruppe.

Auch dies ist u. E. ein Argument, dass eine allgemeine Regelung im FGG über die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis, die die speziellen Regelungen über die Vollmacht in der GBO unverändert lässt und nicht einmal erwähnt, den Umfang der

Zulässigkeit der Bevollmächtigung in Eintragungsverfahren nach der **GBO als dem spezielleren Gesetz nicht verändern** will.

Denn ein **Rückgriff auf das FGG** als das allgemeinere Gesetz ist nicht möglich, wenn die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des FGG dem Wesen oder **der Eigenart des Grundbuchverfahrens widerspräche** (BayObLG Rpfleger 1980, 153; BayObLGZ 1988, 148 = MittRhNotK 1989, 15 = Rpfleger 1988, 477, 478; OLG München JFG 14, 339; Demharter, § 1 GBO Rn. 27; kritisch zu dieser Einschränkung: Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl. 1994, Rn. 13; MeikelBöttcher, Einl. F Rn. 1). Dies wäre bei einer Einschränkung der möglichen Bevollmächtigten der Fall: Denn bisher waren Vollmachten grundbuchverfahrensrechtlich unbeschränkt zulässig. Im Gesetzgebungsverfahren wurde insoweit nie eine Einschränkung diskutiert. Von daher widerspräche die Anwendung von § 13 FGG auf das Grundbuchverfahren den grundbuchverfahrensrechtlichen Grundsätzen.

cc) Andere Auffassung: Unterscheidung zwischen Verfahrenshandlungen und Verfahrenserklärungen

Eine andere, in der derzeit laufenden Diskussion vertretene Auffassung will unter § 13 FGG lediglich **Verfahrensanträge** fassen, nicht aber bloße **Verfahrenserklärungen** (so etwa Meikel/Bestelmeyer, GBO, 11. Aufl. 2008, § 56 GBO Rn. 89 ff. – zitiert nach Druckfahnen). Dabei kann er sich insbesondere darauf stützen, dass § 13 Abs. 3 S. 2 FGG n. F. als Rechtsfolge ausdrücklich bei der Zurückweisung eines unzulässigen Bevollmächtigten die von diesem bisher vorgenommenen Verfahrenshandlungen unberührt lässt.

Nach dieser Ansicht würde zwar der Antrag unter § 13 FGG fallen (§ 13 GBO), nicht aber die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO).

c) Folgen der Gegenauffassung für das Verfahren

aa) Zurückverweisung durch das Grundbuchamt?

Hält man – anders als hier vertreten – § 13 FGG n. F. auch auf Grundbuchanträge und –bewilligungen für anwendbar, so fragt sich, ob das Grundbuchamt Anträge und Bewilligungen zurückweisen müsste, die von nach § 13 Abs. 2 FGG nicht zugelassenen Vertretern gestellt bzw. eingereicht werden. U. E. ist dies nicht möglich.

- Der **Antrag** ist aber mit **Eingang beim Grundbuchamt wirksam** (§ 13 Abs. 2 S. 2 GBO); für eine Zurückweisung nach § 13 FGG ist dann kein Raum mehr. § 13 Abs. 2 S. 2 FGG regelt ausdrücklich, dass „Verfahrenshandlungen, die ein nicht vertretungsbefugter Bevollmächtigter bis zu seiner Zurückweisung vorgenommen hat, und Zustellungen oder Mitteilungen an diesen Bevollmächtigten ... wirksam“ sind.
- Auch für die **Eintragungsbewilligung** (§ 19 GBO) passen die Regelungen über die Zurückweisung nach § 13 Abs. 3 FGG n. F. nicht. Diese können u. E. nur für Verfahrenshandlungen angewandt werden, nicht aber für die Vorlage bloßer **Verfahrenserklärungen** wie der Grundbuchbewilligung.

bb) Strategien zur Vermeidung der Streitfrage

Die Bundesnotarkammer hat in ihrem Rundschreiben Nr. 26/2008 vom 12.9.2008 (Ziffer A. III. 3.) zugleich mögliche Gestaltungen dargestellt, wie der Notar die Streitfrage vermeiden kann: Denn unabhängig davon, welche Meinung man zu § 13 FGG vertritt, könnte die Finanzierungsgrundschuld verfahrensrechtlich zumindest aufgrund entsprechender Erklärungen des Notars eingetragen werden. Dabei ist der Notar ein nach § 13 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 FGG zugelassener Bevollmächtigter:

- Den **Eintragungsantrag** kann der Notar aufgrund der vermuteten Ermächtigung nach § 15 GBO stellen.
- Die **Eintragungsbewilligung** kann der Notar in Vertretung des Verkäufers erklären, wenn ihm eine entsprechende **Vollzugsvollmacht** erteilt wurde. Diese Vollzugsvollmacht kann entweder direkt vom Verkäufer im Kaufvertrag erteilt worden sein. Möglich dürfte aber u. E. auch sein, dass sie im Rahmen der Grundschuldbestellung vom Käufer als Vertreter des Verkäufers erteilt wurde; denn § 13 FGG untersagt auch nach der Gegenmeinung nur das Auftreten anderer Bevollmächtigter im FGG-Verfahren, aber nicht die Erteilung einer Untervollmacht an einen nach § 13 Abs. 2 FGG zugelassenen Bevollmächtigten (ebensowenig wie §§ 78, 79 ZPO für Anwaltsprozesse untersagen, dass der Bevollmächtigte einen Anwalt zur Prozessvertretung des Vollmachtgebers einschaltet). Zu prüfen ist dann nur, ob die Finanzierungsvollmacht auch das Recht zur Erteilung einer entsprechenden Untervollmacht an den Notar beinhaltet. (Dies liegt aber jedenfalls nahe, wenn die Finanzierungsvollmacht ausdrücklich auch zu Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt bevollmächtigt, solche Erklärungen aber nach der — hier zugrundegelegten — Gegenmeinung nicht vom

Käufer, sondern allenfalls vom Notar als Bevollmächtigtem abgegeben werden können; denn andernfalls ginge die Finanzierungsvollmacht insoweit ins Leere.).

- Eine **Bewilligung des Verkäufers** wäre daher auch nach der Gegenauffassung nur erforderlich, wenn dem Notar keine entsprechende Vollzugsvollmacht erteilt war.

5. Vollzugsvollmacht für Mitarbeiter des Notars

a) Beurkundung

Dasselbe gilt für die Frage einer Vollzugsvollmacht für Mitarbeiter des Notars in Verträgen. Auch hier ist § 13 FGG auf das Beurkundungsverfahren vor dem Notar weder unmittelbar noch mittelbar anwendbar, so dass sich hieraus keine Beschränkungen ergeben können (BNotK, Rundschreiben Nr. 24/2008 vom 5.9.2008, Ziffer III. 1.).

Beurkundungsverfahrensrechtliche Beschränkungen können sich jedoch aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG ergeben (so etwa gegen eine regelmäßige Praxis der Beurkundung von Finanzierungsgrundschulden durch Mitarbeiter des Notars, vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 20/2003 v. 28.4.2003 — Anwendungsempfehlung zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a BeurkG).

b) Grundbuchantrag und -bewilligung nach Neufassung des § 13 FGG

Für die Antragstellung bzw. Bewilligung gegenüber dem Grundbuchamt stellen sich dieselben Fragen wie bei der Finanzierungsvollmacht (s.o. Ziffer III. 4.). U. E. ist hier § 13 FGG nicht anwendbar — jedenfalls nicht auf die Bewilligung (§ 19 GBO).

Die Frage erübrigt sich jedoch, wenn die Antragstellung und die Bewilligung gegenüber dem Grundbuchamt nicht (nur) von den Notariatsmitarbeitern erklärt werden, sondern jedenfalls **auch durch den Notar** (und diesem eine entsprechende Vollzugsvollmacht von den Urkundsbeteiligten erteilt war).

6. Grundbucheinsichten

Jedoch könnte § 13 FGG für Grundbucheinsichten anwendbar sein (oder genauer: für die Einsicht in die Grundakten), da die Grundbucheinsicht beim Amtsgericht erfolgt.

a) Bisherige Rechtslage

Im Rahmen des § 12 GBO war bisher allgemein anerkannt, dass die Einsicht nicht persönlich erfolgen muss, sondern auch durch einen Vertreter erfolgen kann. Dies wurde zunächst in zwei Entscheidungen des Kammergerichts aus der Zwischenkriegszeit entschieden (KGJ 22, 122, KG JW 1936, 2342). Diese beiden Entscheidungen werden von den Kommentaren zur Grundbuchordnung allgemein zustimmend zitiert und weiterhin als maßgeblich angesehen (Demharter, GBO, 26. Aufl. 2008, § 12 GBO Rn. 19; Maaß, in: Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 12 GBO Rn. 73; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 12 GBO Rn. 71; inhaltlich ebenso – wenn auch ohne Zitierung der Entscheidung des KG: Hügel/Wilsch, GBO, 2007, § 12 GBO Rn. 17; KEHE-Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 12 GBO Rn. 8).

b) Anwendbarkeit von § 13 FGG n. F.?

U. E. hat sich hieran durch die Neufassung des § 13 FGG nichts geändert:

- Zum einen ist § 13 FGG n. F. schon **tatbestandlich** u.E. auf die Grundbucheinsicht nicht anwendbar (sondern nur auf gerichtliche Erkenntnisverfahren oder Vollstreckungsverfahren).
- Zum anderen enthält § 12 GBO u. E. insoweit eine **Spezialregelung**. Zwar gehen die zitierten Literaturstellen alle davon aus, dass das Grundbuchamt nach bzw. entsprechend § 13 S. 3 FGG a. F. in Zweifelsfällen auch einen Nachweis der Bevollmächtigung durch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht verlangen kann. Die Zitierung dieser speziellen Vorschrift heißt u. E. aber nicht, dass nach den genannten Fundstellen damit § 13 FGG insgesamt anwendbar ist. Denn für die Zulässigkeit der Vertretung als solche wird § 13 FGG weder in den Entscheidungen des KG noch in den genannten Literaturstellen als Beleg eingeführt.

c) Folgen einer Anwendung von § 13 FGG n. F.

Selbst wenn man aber § 13 FGG n. F. anwenden wollte, wären dessen Voraussetzungen erfüllt. Denn die Notarangestellte nehmen die Einsicht nicht persönlich in Vertretung der Urkundsbeteiligten vor, sondern **für den Notar**, der seinerseits nach § 13 Abs. 2 Nr. 3 FGG in FGG-Verfahren vertretungsbefugt ist. (Dies zeigt sich u.a. darin, dass die Notarangestellten weder eine Vollmacht noch ein eigenes berechtigtes Interesse für die Grundbucheinsicht nachweisen müssen, sondern – weil sie für den Notar, bei dem sie angestellt sind, Einsicht nehmen – nach § 43 Abs. 2 GBV ohne Nachweis für den Notar Einsicht nehmen dürfen.)

d) Ergebnis

Die bisherigen Möglichkeiten nach § 12 GBO, dass der Notar die Grundbucheinsicht (bzw. die Einsicht in die Grundakten) nicht persönlich vornimmt, sondern durch Mitarbeiter vornehmen lässt, sind daher durch die Neufassung des § 13 FGG u. E. nicht beschränkt worden.