

letzte Aktualisierung: 21.12.2018

OLG Stuttgart, Beschl. v. 2.11.2018 – 8 W 312/18

BGB §§ 164, 1922; GBO §§ 39, 40

Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht im Grundbuchverfahren; Konfusion; keine Voreintragung bei Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch transmortal Bevollmächtigten

1. Im Grundbuchverfahren wird der einer transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein nicht dadurch zerstört, dass der Bevollmächtigte in einer dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunde erklärte, gesetzlicher Erbe des Vollmachtgebers geworden zu sein.
2. Die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers bewilligten Finanzierungsgrundschuld setzt nicht die Voreintragung des Erben voraus.

Gründe

I.

Der am 09.03.2018 verstorbene, im Grundbuch zusammen mit seinem Bruder, dem Beteiligten zu 1, als Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene ... hatte seinen Söhnen, den Beteiligten zu 2 und 4, am 24.10.2011 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt, welche - ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus - auch die Vermögenssorge umfasste.

Am 09.05.2018 schlossen die Beteiligten einen notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrag, in dem sich die Erben nach ..., vertreten durch die Beteiligten zu 2 und 4, und der Beteiligte zu 1 verpflichteten, ihre Miteigentumsanteile an die Beteiligten 2 und 3 zu jeweils hälftigem Miteigentum zu übertragen. Darüber hinaus wurden die Erwerber bevollmächtigt, zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zulasten des Vertragsgegenstands Grundpfandrechte in beliebiger Höhe zu bestellen, die Erwerber erteilten sich gegenseitig entsprechende Vollmacht. In dem Auseinandersetzungsvertrag hatten die Beteiligten zu 2 und 4 erklärt, jeweils zur Hälfte Erben des ... geworden zu sein.

Auf Grundlage der im Auseinandersetzungsvertrag vom 09.05.2018 erteilten Belastungsvollmachten bestellte der Beteiligte zu 2 am 18.06.2018 zugunsten der ... eine Grundschuld über einen Betrag von 520.000 € nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung und bewilligte und beantragte deren Eintragung im Grundbuch. Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat diesen Antrag bei dem Grundbuchamt eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 30.07.2018 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zur Eintragung der Grundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei, wofür ein Antrag der Erben auf Grundbuchberichtigung und ein entsprechender Erbnachweis benötigt werde. Zur Beseitigung der aufgezeigten Hindernisse wurde eine Frist bis zum 13.09.2018 gesetzt. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, die Voreintragung sei nach § 39 GBO erforderlich, die Voraussetzungen der Ausnahmeverordnung des § 40 GBO seien nicht gegeben, da es nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts sondern um die Eintragung einer Belastung gehe.

Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar mit Schriftsatz vom 23.08.2018 namens der Beteiligten zu 1 bis 3 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 24.09.2018 nicht abgeholfen hat.

II.

Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat auch in der Sache Erfolg.

Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor.

Zu Recht lässt die Rechtspflegerin zunächst die begehrte Eintragung der Grundschuld nicht am Nachweis der Vollmacht scheitern. Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde -

wie vorliegend -, hat das Grundbuchamt regelmäßig von deren Fortbestand auszugehen (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.07.2014 - 2 W 48/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.1991 - 11 W 32/91; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 19, Rn. 80). Der der transmortalen Vollmacht innwohnende Rechtsschein wurde vorliegend nicht dadurch zerstört, dass die transmortal bevollmächtigten Beteiligten zu 2 und 4 erklärten, jeweils zur Hälfte gesetzliche Erben des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen ... geworden zu sein (abweichend allerdings für den hier so nicht gegebenen Fall, dass der transmortal Bevollmächtigte bei Abgabe der notariellen Erklärung ausdrücklich auch als Alleinerbe handelte: OLG München, Beschluss vom 31.08.2016 - 34 Wx 273/16). Dabei kann dahinstehen, ob der streitigen Rechtsauffassung, die trans- oder postmortale Vollmacht erlösche durch „Konfusion“, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird, weil rechtsgeschäftliche Stellvertretung eine Personenverschiedenheit zwischen Vertreter und Vertretenem voraussetze (so OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013 - 15 W 79/12; kritisch mit beachtlichen Argumenten: Weinland in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 168 BGB, Rn. 13 m.w.N.) zu folgen ist. Unabhängig vom materiellen Erlöschen der Vollmacht ist nämlich das Außenverhältnis zum Geschäftsgegner, der durch §§ 170 bis 173 BGB geschützt ist, weshalb das Erlöschen der Vollmacht nicht gleichbedeutend mit ihrer Wirkungslosigkeit ist (Reimann, ZEV 2016, 659). Wurde eine Vollmacht wirksam erteilt, wird das Vertrauen auf ihren Fortbestand geschützt, solange dem Geschäftsgegner das Erlöschen nicht angezeigt wurde oder er dieses kennt oder fahrlässig nicht kennt. Auch wenn die Vollmacht also durch Konfusion erloschen sein sollte, besteht dennoch ihre Legitimationswirkung im Außenverhältnis grundsätzlich fort, was auch von dem Grundbuchamt zu beachten ist (Reimann a.a.O.; Weidlich, ZEV 2016, 57, 63). Dies gilt zumindest solange sich der Bevollmächtigte nicht als (Allein-)Erbe mit den in § 35 GBO aufgezeigten Nachweisen legitimiert.

Der von der Rechtspflegerin indes für erforderlich gehaltenen Voreintragung der Erben bedarf es nicht.

Nach § 40 Abs. 1 GBO ist - abweichend von dem in § 39 GBO geregelten Grundsatz - die Voreintragung des Erben des eingetragenen Berechtigten als Betroffener nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll (§ 40 Abs 1 Alt. 1 GBO) oder wenn auf Grund Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers eine Eintragung vorzunehmen ist (§ 40 Abs 1 Alt. 2 GBO). Gleches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO, wenn die Eintragung von einem Testamentsvollstrecker bewilligt wurde. Mit dieser Regelung soll in Fällen, in denen der Erbe das eingetragene Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufgeben will oder in Fällen, in denen der Erbe Erklärungen des Erblassers, des Nachlasspflegers oder des Testamentsvollstreckers gegen sich gelten lassen muss, das Grundbuchverfahren erleichtert und vermieden werden, dass dem Erben, wenn seine Eintragung durch Interessen Dritter nicht geboten ist, unnötige Kosten entstehen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 142).

Nach ganz überwiegender Meinung ist im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich (KG, Beschluss vom 02.08.2011 - 1 W 243/11; Schöner/Stöber a.a.O.; Bauer in Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. § 40, Rn. 17; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 40, Rn. 17; Böttcher in Meikel, GBO, 11. Aufl., § 40, Rn. 26; Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, GBO § 40 Rn. 10, beck-online). Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Auflassungsvormerkung allein dem Zweck diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig sei.

In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist indes die Frage, ob es in dieser Fallkonstellation einer Voreintragung der Erben auch dann nicht bedarf, wenn ein ererbtes Grundstück mit einer für Rechnung des Erwerbers einzutragenden Finanzierungsgrundschuld belastet werden soll.

Überwiegend wurde dies in der Vergangenheit abgelehnt (KG a.a.O.; Schöner/Stöber a.a.O.; Demharter a.a.O.; Bauer a.a.O., Rn. 19; Zeiser in BeckOK GBO, Hügel, 33. Edition, § 40, Rn. 20; Bestelmeyer, FGPrax 2018, 107; Kroiß/Horn/Solomon, a.a.O., Rn. 11). Ein Verzicht auf die Voreintragung sei bei einer solchen Verfügung grundsätzlich von dem Zweck des § 40 Abs. 1 GBO nicht gedeckt. Die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören würde, Berechtigter zu sein. Die Belastung eines Grundstücks führe jedoch auch dann nicht zu einer Übertragung und damit zu einem vollständigen Ausscheiden des Berechtigten, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit einer beabsichtigten Übertragung, wie etwa zur Kaufpreisfinanzierung erfolge. Die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sei zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden hat und sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinden würde (Schöner/Stöber, a.a.O., Fn. 27). Im Falle der Belastung mit einer Finanzierungsgrundschuld sei eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht gerechtfertigt. Weder würde der Berechtigte im Falle seiner Voreintragung bereits mit der Belastung wieder aus dem Grundstück verschwinden, noch beschränke sich die Eintragung auf ein Recht, das nur der Durchsetzung des Übertragungsanspruchs diene und bei einem Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass dauerhaft eine Belastung eingetragen bleibe, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden könne (so KG a.a.O.). Die Bestellung einer Grundschuld sei nicht bloßes Anhängsel der Auflassungsvormerkung, die für die Vormerkung bestehende Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz könne daher nicht auf die Finanzierungsgrundschuld erweitert werden, die Installierung etwaiger weiterer Ausnahmen sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sondern ausschließlich Sache des Gesetzgebers (so Bestelmeyer a.a.O.).

Eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung will auf das Erfordernis einer Voreintragung über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO hinausgehend auch bei der Belastung des vererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld verzichten, weil andernfalls das Ziel der Regelung, dem Erwerber die unter Umständen kostenpflichtige (GNotKG KV Nr. 14110 Abs. 1 Satz 1) und zeitaufwändige Berichtigung des Grundbuchs in Fällen häufig vorkommender Fremdfinanzierung zu ersparen, ohne sich notariell beratener Ausweichstrategien - Abwicklung des Übertragungsgeschäfts über ein Notaranderkonto, Verfälschung des Übereignungsanspruchs an die finanzierte Bank oder gar Verschweigen des Ablebens des Erblassers gegenüber dem Grundbuchamt (zu den Gestaltungsmöglichkeiten: Wendt, ErbR 2018, 137, zu II, 2; Becker, ZNotP 2018, 225, C) - bedienen zu müssen, nicht erreicht werden könne (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 - 20 W 179/17; OLG Köln Beschluss vom 16.03.2018 - I-2 Wx 123/18; Böttcher a.a.O., Rn. 28; Ott, notar 2018, 189; Wendt a.a.O. zu IV; Becker a.a.O.). Teilweise wird dies damit begründet, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv vergleichbar sei mit dem Handeln des Nachlasspflegers, weshalb § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden sei. Teilweise wird argumentiert, die Finanzierungsgrundschuld könne nicht anders als die Auflassungsvormerkung behandelt werden. Diese sei für das Grundbuchamt auch ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben oder dem Erblasserbevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam mit oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt werde (so Böttcher a.a.O.).

Der Senat schließt sich der letztgenannten neueren Auffassung an (so auch bereits im Senatsbeschluss vom 17.10.2018 - 8 W 311/18). Allerdings ist der Einwand, die Belastung des ererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld könne im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeverordnung des § 40 Abs. 1 GBO nicht mit einer Auflösungsvormerkung, für welche die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO allgemein anerkannt ist, gleichgesetzt werden, berechtigt. Da die Auflösungsvormerkung in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, kann sie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zugeordnet werden, was für die von dem Übertragungsgeschäft rechtlich unabhängige Finanzierungsgrundschuld nicht gilt (vgl. Ott a.a.O.). Für überzeugend hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das Handeln des transmortalen Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie der Nachlasspfleger soll der transmortalen Bevollmächtigte die Erben - gerade auch im Grundbuchverkehr - vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur - unter Umständen zeitaufwändigen - Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechtigte Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist (Demharter a.a.O., § 40 GBO, Rn. 1). Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlicher Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Verfügungen (siehe hierzu Leipold in Münchener Kommentar zum BGB, § 1960 Rn. 64), die für den Bevollmächtigten nicht gilt, rechtfertigen es nicht, von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzusehen.

Entgegen der von der Rechtspflegerin des Grundbuchamtes in der Nichtabhilfeentscheidung vertretenen Auffassung lässt sich auch nicht feststellen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO bewusst nicht auf den Fall der Eintragungsbewilligung eines trans- oder postmortalen Bevollmächtigten ausdehnen wollte. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt (Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5 Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Seite 164 f.):

„... Auch dann sieht der Entwurf von der vorgängigen Eintragung des Erben ab, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des eingetragenen Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Diese Abweichung von der Regel des § 38 Abs. 1 [jetzt § 39 Abs. 1 GBO] erleichtert in den Fällen, in denen aus irgend einem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, die Lage desjenigen, welcher zu einer Eintragung berechtigt ist. Andererseits erscheint die Ausnahme unbedenklich, weil jedenfalls der Erbe die Erklärung des Erblassers oder des Nachlasspflegers sowie den gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel gegen sich gelten lassen muss...“

Diese Begründung spricht nicht gegen sondern für die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO auf die Fälle der Eintragungsbewilligung durch einen trans- oder postmortalen Bevollmächtigten.

Der weiter gegen die hier vertretene Rechtsauffassung erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürfen, wenn man von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO absehe (Cramer ZfIR 2017, 834), überzeugt nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weitergehenden, bloße Erbenbefugnisse überschreitenden Rechtsmacht ausgestattet ist, die es ihm ermöglicht, gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekannten Erben aufzutreten (Wendt ErbR 2017, 19, IV 1 und 2; ErbR 2016, 74, III 1). Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergibt sich, dass - im Hinblick auf den Grundbuchverkehr - auch dem Nachlasspfleger insoweit weitergehende Kompetenzen zustehen als den Erben.

Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde ist weder eine Entscheidung bezüglich der Gerichtskosten und der Wertfestsetzung noch zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde veranlasst.