

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 141610**

**letzte Aktualisierung: 10. Oktober 2016**

**BGB §§ 167, 168, 1821, 1822**

**Verkauf eines Nachlassgrundstücks aufgrund transmortaler Vollmacht bei minderjährigem Miterben; Erbauseinandersetzung; familiengerichtliche Genehmigung**

**I. Sachverhalt**

E ist Eigentümer zweier Grundstücke. Außerdem verfügt er über nicht unerhebliches Geldvermögen. E ist verstorben. Er erteilte seinen Schwestern – je einzeln – eine notarielle Vorsorgevollmacht über den Tod hinaus. Die Vollmacht wurde nach Angabe bisher von keinem der Erben widerrufen. Zwei der insgesamt sechs Erben sind minderjährig. Die Erbfolge wurde zwischenzeitlich im Grundbuch eingetragen.

Aufgrund der Vollmacht wurde von einer Bevollmächtigten ein Kaufvertrag samt Auflassung über das im Nachlass befindliche Grundstück G1 beurkundet. Vertragspartner ist eine dritte Person. Im Kaufvertrag heißt es, dass der Kaufpreis auf ein Konto der Erbengemeinschaft zu zahlen ist.

Außerdem hat die Bevollmächtigte in einer weiteren Abrede mit den anderen Erben eine Auseinandersetzungsvereinbarung geschlossen. Diese bezieht sich auf das Grundstück G2 und das Geldvermögen samt dem Erlös aus dem Verkauf über das Grundstück G1. Das Grundstück G2 erhalten drei der Miterben zu Bruchteilseigentum. Im Gegenzug erhalten die drei anderen Miterben das Geldvermögen einschließlich des Erlöses aus dem Verkauf des Grundstücks G1. Die Auflassung über das Grundstück G1 wurde in der Urkunde erklärt. An der Urkunde haben alle Erben mitgewirkt außerdem minderjährigen Kindern. Für diese hat die Bevollmächtigte gehandelt.

Das Grundbuchamt verlangt für beide Urkunden eine familiengerichtliche Genehmigung hinsichtlich der beteiligten minderjährigen Erben.

**II. Fragen**

1. Kann die Bevollmächtigte die minderjährigen Erben bei den Rechtsgeschäften vertreten?
2. Sind jeweils familiengerichtliche Genehmigungen erforderlich?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Grundsätzliches zum Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht

Grundsätzlich kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte tätigen, weil die Vollmacht im Zweifel über den Tod hinaus besteht. Ergibt sich aus der Vollmacht selbst nichts über die Fortgeltung nach dem Tod des Vollmachtgebers, so ist die Vollmacht für Zwecke des Grundbuchverkehrs für das Grundbuchamt nur brauchbar, wenn in öffentlich-beglaubigter Form nachgewiesen werden kann, dass der Vollmacht ein über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3570). Die vorliegende Vorsorgevollmacht **gilt ausdrücklich über den Tod** des Vollmachtgebers **hinaus**, so dass sich hieraus keine Probleme ergeben.

Da der Erblasser als Rechtssubjekt weggefallen ist, kann der Bevollmächtigte **nur noch die Erben vertreten**. Die vom Bevollmächtigten abgegebenen Willenserklärungen wirken nach § 164 BGB für und gegen die Erben des Vollmachtgebers. Die Vollmacht bezieht sich jedoch nur auf den Nachlass und erstreckt sich nicht auf das Privatvermögen des Erben, da insoweit nicht der Erblasser, sondern nur der Erbe selbst wirksam Vollmacht erteilen kann (MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 39). Den Erben steht es jederzeit frei, die Vollmacht zu widerrufen.

#### 2. Vertretung nur der wahren Erben

Die Vertretungswirkungen treffen aufgrund der Universalsukzession nach § 1922 BGB die Erben. Die **Vertretungsmacht des Bevollmächtigten besteht daher nur für die wahren Erben**. Der Bevollmächtigte kann für die wahren Erben handeln, ohne dass er die Erben namentlich benennen müsste (Kroiß/Horn, NJW 2013, 516, 517; OLG Frankfurt a. M. ZEV 2012, 377, 378). Dagegen besteht **keine Vertretungsbefugnis für Scheinerben**. Vorliegend ist die Erbfolge bereits nachgewiesen und im Grundbuch berichtigend eingetragen worden. Daher bestehen keine Zweifel, dass der Bevollmächtigte aufgrund der transmortalen Vollmacht die wahren Erben vertritt.

#### 3. Beschränktheit des Umfangs der transmortalen Vollmacht auf den Nachlass

Der Bevollmächtigte vertritt – wie gezeigt – nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des ursprünglichen Vollmachtgebers und kann nach allgemeiner Auffassung im Rahmen der ihm eingeräumten Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erben **alle Rechtsgeschäfte, die auch der Erblasser selbst hätte vornehmen können**, ohne hierzu ihrer Zustimmung zu bedürfen. Allerdings bezieht sich die Wirkung der Vollmacht für und gegen die Erben immer nur **auf den Nachlass**, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten (insbesondere das Privatvermögen) der Erben, da insofern nur die Erben selbst wirksam Vollmacht erteilen können (MünchKommBGB/Schubert, § 168 BGB Rn. 39; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 168 Rn. 32; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 168 Rn. 31; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, Einf. v. § 2197 Rn. 10). Handelt der Bevollmächtigte aufgrund der transmortalen Vollmacht daher im Namen der Erben, hat er die auf den Nachlass beschränkte Verpflichtungsbefugnis hinreichend deutlich zu machen. Betrifft das Rechtsgeschäft nicht den Nachlass, würde der Bevollmächtigte somit außerhalb seiner Vertretungsmacht als Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. §§ 177 ff. BGB handeln (MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 39).

**a) Kaufvertrag über ein Nachlassgrundstück samt Auflassung (hier: Grundstück G1)**

Soweit die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages samt Auflassung ermächtigt und der Vertragsgegenstand ein Nachlassgrundstück ist, könnte man argumentieren, dass der Bevollmächtigte auch berechtigt ist, den entsprechenden Vertrag in Vertretung der Erben aufgrund dieser Vollmacht abzuschließen. Dies würde jedoch voraussetzen, dass der Bevollmächtigte **ausschließlich auf den Nachlass bezogene Erklärungen** im Namen der Erben abgegeben hat. Dies ist der Fall, wenn die Bevollmächtigte nur mit Wirkung für und gegen die Erbengemeinschaft gehandelt hätte und der Vertrag keine persönlichen Verpflichtungen für die Erben begründet. Die Vollmacht ermächtigt insbesondere zum Verkauf eines Grundstücks an einen Dritten, sofern hierin nicht zugleich eine Erbauseinandersetzung liegt. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn – wie im vorliegenden Fall - der Erlös als Surrogat an die Erbengemeinschaft fließt (§ 2041 BGB; vgl. LG Stuttgart ZEV 2008, 198, 199).

**b) Erbauseinandersetzung samt Auflassung (hier: Grundstück G2 und Verteilung des Vermögens)**

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt weiter, dass jedoch eine **Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Nachlasses des Vollmachtgebers grundsätzlich nicht** aufgrund einer transmortalen Vollmacht erfolgen kann, weil die Erbauseinandersetzung ein Rechtsgeschäft der Miterben darstellt, welches die Erbteile als solches betrifft, also das Eigenvermögen der Miterben (Horn/Kroiß, NJW 2013, 516, 517). Die Erbauseinandersetzung ist kein rein nachlassbezogenes Geschäft, weil sie die Erbengemeinschaft beendet und den Erbteil als gesondertes Nachlassvermögen beseitigt. Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft, das der Erblasser selbst nicht hätte abschließen können.

Daraus folgt, dass die **Erbauseinandersetzung** durch den Handelnden als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** erfolgt ist, sodass die Wirksamkeit des Auseinandersetzungsvertrages von der **Genehmigung sämtlicher Miterben** abhängt (§ 177 Abs. 1 BGB).

**c) Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB**

Hinsichtlich der minderjährigen Miterben erfolgt die Genehmigungserteilung durch deren gesetzliche Vertreter. Zu beachten ist ggf. ein Ausschluss der Eltern von der gesetzlichen Vertretung gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB. Bei der Veräußerung des Nachlassgrundstückes an einen Dritten greift § 1795 BGB zwar dann nicht ein, wenn das dort genannte Näheverhältnis lediglich zu weiteren Miterben besteht, die mit dem Mündel auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts stehen (vgl. BGHZ 50, 8, 10; Münch-KommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1795 Rn. 5). Allerdings kommt der Vertretungsausschluss gem. § 1795 BGB bei der Erbauseinandersetzung in Betracht, wenn die in der Vorschrift genannten Personen zusammen mit dem Minderjährigen an der Erbengemeinschaft beteiligt sind.

**4. Familiengerichtliche Genehmigung**

Für die Frage der Erforderlichkeit der familiengerichtlichen Genehmigung ist zwischen dem Kaufvertrag und dem Erbauseinandersetzungsvertrag zu differenzieren.

**a) Kaufvertrag und Auflassung (hier: Grundstück G1)**

Allgemein wird vertreten, dass **der Bevollmächtigte alle Rechtsgeschäfte so vornehmen könne, wie dies dem Erblasser, von dem er seine Befugnis herleite, möglich gewesen sei**. Dies hat zur Folge, dass beispielsweise für Rechtsgeschäfte **keine betreuungsgerichtliche bzw. familiengerichtliche Genehmigung erforderlich** sei, selbst wenn der Erbe als Minderjähriger diese benötigen würde und dass der Bevollmächtigte auch nicht den Beschränkungen eines Erben durch Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung unterliege (RGZ 88, 345, 350; RGZ 106, 185, 186; OLG Karlsruhe FGPrax 2015, 158; Soergel/Leptien, § 168 BGB Rn. 31; Palandt/Weidlich, Einf. v. § 2197 Rn. 11; Schöner/Stöber, Rn. 3571). Daher sei der über den Tod des Vollmachtgebers hinaus Bevollmächtigte beispielsweise auch in der Lage, nach dem Tod des Erblassers über Nachlassgrundstücke zu verfügen, ohne hierzu eines Erbennachweises zu bedürfen (Schöner/Stöber, Rn. 3571). Auch das Grundbuchamt habe eine solche Vollmacht zu respektieren, sofern die Form gem. § 29 GBO eingehalten sei (Soergel/Leptien, § 168 BGB Rn. 31).

Das RG (a. a. O.) hat seine Rechtsauffassung damit begründet, dass – bezogen auf das Problem genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte Minderjähriger – die §§ 1821, 1822 BGB unmittelbar nur Rechtsgeschäfte durch den Vormund oder einen sonstigen gesetzlichen Vertreter betreffen, nicht aber solche, die von einem Bevollmächtigten eines Erblassers des Mündels aufgrund einer über den Tod des Erblassers hinaus wirkenden Vollmacht vorgenommen würden. Außerdem hat es angeführt, dass die Vollmacht über den Tod hinaus andernfalls auch einen wesentlichen Teil ihrer Bedeutung verlieren würde.

Die eben dargelegte Auffassung ist – soweit ersichtlich – **nahezu unumstritten**. Bedenken gegen die Rechtsansicht werden in der Literatur nur vereinzelt vorgebracht (beispielsweise von Rehmann, BB 1987, 213 ff. in Bezug auf die Frage der Beschränkung der postmortalen Vollmacht durch eine Testamentsvollstreckung).

Mit der herrschenden Meinung ist daher im Ergebnis eine gerichtliche Genehmigung des Kaufvertrages samt Auflassung nicht erforderlich; dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Verpflichtungen des Minderjährigen allein auf seinen Anteil am Nachlass und nicht auf sein Eigenvermögen beziehen (s.o.).

#### **b) Erbauseinandersetzung und Auflassung (hier: Grundstück G2 und Verteilung des Vermögens)**

Für die Erbauseinandersetzung können die vorstehenden Erwägungen jedoch nicht herangezogen werden. Insofern leitet sich – wie gezeigt – die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten insgesamt nicht vom Erblasser ab. Der Erblasser hätte eine Erbauseinandersetzung gem. §§ 2042 ff. BGB hinsichtlich des eigenen Nachlasses unter seinen (späteren) Erben nicht zu seinen Lebzeiten vornehmen können. Es handelt sich vielmehr um ein originäres Rechtsgeschäft der Miterben untereinander. Hieraus folgt, dass sich bei Beteiligung eines minderjährigen Miterben am Erbauseinandersetzungsvertrag die Frage der **gerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit nach den allgemeinen Vorschriften** richtet. Die Eltern als gesetzliche Vertreter bedürfen daher gem. § 1643 Abs. 1 BGB in den Fällen der §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 – 11 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung.

Der Erbauseinandersetzungsvertrag einschließlich Auflassung der Nachlassgrundstücke an einzelne Miterben ist daher insbesondere vor dem Hintergrund des **§ 1821 Abs. 1**

**Nr. 1 BGB** (Verfügung über ein Grundstück; vgl. MünchKommBGB/Wagenitz, § 1821 Rn. 20) genehmigungspflichtig.

Sofern für den Minderjährigen ein **Ergänzungspfleger** handeln muss, weil die Eltern gem. §§ 1629 Abs. 2, 1795 BGB an der Vertretung gehindert sind, ist wegen § 1908i Abs. 1 BGB ferner **§ 1822 Nr. 2 BGB** zu beachten, der den Erbteilungsvertrag der Genehmigungspflicht unterwirft (vgl. MünchKommBGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 10).

Mangels familiengerichtlicher Genehmigung ist der Erbauseinandersetzungsvertrag derzeit nicht vollzugsfähig. Wie unter Ziffer 3. dargestellt, fehlen darüber hinaus die Genehmigungserklärungen sämtlicher Miterben in der Form des § 29 GBO, da der Handelnde insofern als Vertreter ohne Vertretungsmacht aufgetreten ist.