

letzte Aktualisierung: 18.1.2017

OLG München, Beschl. v. 4.1.2017 - 34 Wx 382/16

GBO §§ 29, 35; BGB § 164

Auflassung aufgrund einer transmortalen Vollmacht durch den Alleinerben

1. Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis bei Konkurrenz von transmortaler Vollmacht mit Alleinerbenstellung.
2. Ist die Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen, verliert eine zugleich vorgelegte transmortale Vollmacht ihre Wirksamkeit. Eine Auflassungsurkunde, die die Verfügungsbefugnis des Veräußerers in der Schwebe gehalten hat, ist nicht deshalb wegen fehlender Eindeutigkeit unvollziehbar (im Anschluss an Senat vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16).
3. Notarielle Eigenurkunden können auch für materiell-rechtliche Erklärungen im Zusammenhang mit der eigentlichen Beurkundungstätigkeit in Betracht kommen. Das gilt allerdings nicht dort, wo das Gesetz zwingend eine Zeugnisurkunde verlangt; in diesen Fällen sind die Regeln des Zweiten Abschnitts des BeurkG (§§ 6 ff. BeurkG) einzuhalten.

Titel:

Nachweis der Verfügungsbefugnis bei Konkurrenz von transmortaler Vollmacht mit Alleinerbenstellung

Normenketten:

BeurkG § 6 Abs. 1

GBO § 20, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1 S. 2, § 44

Leitsätze:

- 1. Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis bei Konkurrenz von transmortaler Vollmacht mit Alleinerbenstellung. (amtlicher Leitsatz)**
- 2. Ist die Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen, verliert eine zugleich vorgelegte transmortale Vollmacht ihre Wirksamkeit. Eine Auflassungsurkunde, die die Verfügungsbefugnis des Veräußerers in der Schwebe gehalten hat, ist nicht deshalb wegen fehlender Eindeutigkeit unvollziehbar (im Anschluss an Senat vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16). (amtlicher Leitsatz)**
- 3. Notarielle Eigenurkunden können auch für materiell-rechtliche Erklärungen im Zusammenhang mit der eigentlichen Beurkundungstätigkeit in Betracht kommen. Das gilt allerdings nicht dort, wo das Gesetz zwingend eine Zeugniskunde verlangt; in diesen Fällen sind die Regeln des Zweiten Abschnitts des BeurkG (§§ 6 ff.) einzuhalten. (amtlicher Leitsatz)**

Schlagworte:

Alleinerbe, Erbfolge, Grundbuch, Verfügungsbefugnis, Vollmacht

Tenor

I.

Auf die Beschwerde der Beteiligten werden die Beschlüsse des Amtsgerichts Starnberg - Grundbuchamt - vom 10. und 14. Oktober 2016 aufgehoben.

II.

Das Amtsgericht Starnberg - Grundbuchamt - wird angewiesen, die Eintragungsanträge nicht wegen fehlender Eindeutigkeit der Auflassungsurkunde zur Verfügungsbefugnis/Einigungsberechtigung des Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

Gründe

- 1** I. Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch ist die am 18.3.2016 verstorbene Ina B. als Eigentümerin von Miteigentumsanteilen verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung sowie an einem Tiefgaragenstellplatz eingetragen.
- 2** 1. Zu notarieller Urkunde vom 27.6.2016 überließ der Beteiligte zu 1, handelnd als Alleinerbe nach seiner Ehefrau und als deren Bevollmächtigter aufgrund beigefügter notarieller Vollmacht vom 5.3.2009, das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 2, nach Angaben das einzige (volljährige) Kind der Eheleute B.. Die Urkunde enthält folgende weitere in diesem Zusammenhang erhebliche Erklärungen:
- 3** I. 2. Erbfolge
- 4** Die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin, Frau ..., ist am 18.03.2016 verstorben und wurde nach Angabe der Beteiligten gemäß Gemeinschaftlichen Testament vom 05.03.2009, URNr. ..., das noch nicht eröffnet wurde, von ihrem Ehemann, Herrn Dr. (= Beteiligter zu 1) allein beerbt.
- 5** Die Berichtigung des Grundbuchs entsprechend dieser Erbfolge wird im Grundbuch ... nur beantragt, soweit

es für den Vollzug erforderlich ist.

- 6 In Ziffer II. 1. überträgt der Beteiligte zu 1 als Veräußerer den Grundbesitz an den Beteiligten zu 2 als Erwerber zu Alleineigentum. Zum Rechtsgrund für die Überlassung ist unter Ziffer II. 2. aufgeführt, dass sie im Weg vorweggenommener Erbfolge stattfindet, und zwar aufgrund des Wunsches der Erblasserin und aufgrund Vereinbarung der Beteiligten im Weg der Erbfolge nach Ina B., was dem mehrfach gegenüber den Beteiligten geäußerten Wunsch der Erblasserin entspreche, wonach das bereits vom Erwerber bewohnte Vertragsobjekt nach deren Tod direkt ins Eigentum des Sohnes übergehen solle. Ina B. habe insbesondere wegen ihrer schweren Erkrankung in der Folgezeit lediglich versäumt, ihren bereits vorher getroffenen letzten Willen - im gemeinschaftlichen Testament von 2009 - gemeinsam mit ihrem Ehemann zu ändern.
- 7 Die „Vertragsteile“ erklärten gemäß Ziffer V. 1 die Einigung über den Eigentumsübergang, die „Beteiligten“ bewilligten und beantragten gemäß Ziffer V. 3., die Auflassung in dieser Urkunde in das Grundbuch einzutragen.
- 8 Der Vollzugsauftrag der Beteiligten an den Notar umfasst (Ziff. VI. 2.)
 - sie im Grundbuchverfahren uneingeschränkt zu vertreten,
 - die zur Wirksamkeit und zum Vollzug dieser Urkunde erforderlichen Lastenfreistellungsunterlagen, Genehmigungen und sonstigen Erklärungen mittels eigenen Entwurfs (...) entgegenzunehmen und (als Eigenurkunde) abzugeben.
- 9 Die der Urkunde beigelegte notarielle General- und Vorsorgevollmacht für die Beteiligten zu 1 und 2 vom 5.3.2009 soll nicht durch den Tod der Vollmachtgeberin erlöschen. Sie umfasst für den Beteiligten zu 1 namentlich die alleinige Vertretungsberechtigung und die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. In Vermögensangelegenheiten umfasst die Vollmacht („insbesondere“), Vermögen zu erwerben, über Vermögensgegenstände zu verfügen, insbesondere Grundbesitz zu veräußern und zu belasten.
- 10 Unter dem 1.7.2016 hat der beurkundende Notar Vollzugsantrag gestellt. Diesen hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 12.7.2016 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:
- 11 Der Beteiligte zu 1 handle ausweislich der Urkunde als Alleinerbe und als Bevollmächtigter seiner im Grundbuch eingetragenen verstorbenen Ehefrau. Nach der Urkunde (Ziff. II. 2.) werde der Grundbesitz übertragen, nach Ziffer II. 2. die Übertragung als Weg der vorweggenommenen Erbfolge bezeichnet, womit nur die Erbfolge nach dem Beteiligten zu 1 gemeint sein könne.
- 12 Das die Erbfolge ausweisende, von Nachlassgericht noch nicht eröffnete Testament liege dem Antrag nicht bei. Die Beiheftung der Vollmacht lege die Vermutung nahe, die Überlassung solle aufgrund transmortaler Vollmacht im Namen der Erblasserin erfolgen.
- 13 Damit lasse die Überlassungsurkunde offen, wer Veräußerer des übertragenen Grundbesitzes sein solle; sie sei wegen fehlender Eindeutigkeit somit nicht vollziehbar. Die gewünschte Rechtsänderung könne nur mit einer neu zu beurkundenden Auflassung herbeigeführt werden, aus der klar hervorgehe, wer in welcher Eigenschaft den Grundbesitz überlasse.
- 14 Dabei sei zu beachten, dass eine dem Alleinerben erteilte transmortale Vollmacht mit dem Tod des Erblassers erlösche. Demnach komme hier also nur eine Überlassung vom Alleinerben (= der Beteiligte zu 1) an dessen Sohn (= der Beteiligte zu 2) in Frage. Dazu müsse die Erbenstellung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.
- 15 Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Urkundsbeteiligten blieb vor dem Senat erfolglos. Auf den Beschluss vom 31.8.2016 (34 Wx 273/16 = NJW 2016, 3381) wird Bezug genommen.
- 16 2. Am 14.9.2016 hat der beurkundende Notar in beglaubigter Form vorgelegt:
 - Gemeinschaftliches Testament vom 5.3.2009, wonach sich die Eheleute gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Vollerben sowie den gemeinsamen Sohn (den Beteiligten zu 2) zum Schlusserben einsetzen,

- Eröffnungsniederschrift des (auswärtigen) Amtsgerichts vom 30.3.2016,

- 17** und erneut Vollzugsantrag gestellt.
- 18** Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Beschluss vom 10.10.2016 unter Hinweis auf seine Entscheidung vom 12.7.2016 erneut zurückgewiesen. Die vorgelegte letztwillige Verfügung weise die Erbfolge i. S. d. § 35 GBO nach; Alleinerbe sei der Beteiligte zu 1 geworden. Es sei davon auszugehen, dass die postmortale Vollmacht durch Konfusion erloschen sei. Die gewünschte Rechtsänderung sei nur dadurch zu erzielen, dass der Alleinerbe den Vertragsgegenstand auf den Beteiligten zu 2 übertrage. Die in unveränderter Form vorgelegte Urkunde lasse jedoch diese Eindeutigkeit nach wie vor vermissen, sie lasse vielmehr die Einigungsberechtigung offen. Der Bestimmtheitsgrundsatz sei nicht erfüllt. Steuerrechtliche Erwägungen, die Urkunde in alle Richtungen offen zu halten, könnten kein Kriterium für die Vollziehbarkeit des Eintragungsantrags darstellen.
- 19** 3. Mit Eingang am 10.10.2016 haben die Beteiligten den Eintragungsantrag unter Beifügung einer notariellen Eigenurkunde vom 5.10.2016 (bezeichnet als Auflassung) zum Überlassungsvertrag vom 27.6.2016 wiederholt. Unter Bezugnahme auf die dortige Vollmachtserteilung (Abschn. VI. 2.) erklärt der Notar:
- (Der Beteiligte zu 1) und (der Beteiligte zu 2) sind über den Eigentumsübergang entsprechend Abschn. II. der Urkunde auf den dort näher bezeichneten Erwerber einig.
- 20** Die Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch wird hiermit bewilligt und beantragt.
- Das Grundbuchamt hat am 14.10.2016 auch diesen Antrag zunächst unter Verweis auf die beiden ergangenen Beschlüsse zurückgewiesen. Aus dem Inhalt der Eigenurkunde ergebe sich keine Änderung zur Vorurkunde, die dort enthaltene Auflassung werde lediglich wiederholt. Das eigentliche Eintragungshindernis - Unklarheit über die Person des Überlassers - bestehe fort.
- 21** Der Antrag samt dem im Verbund mitgestellten Antrag auf Berichtigung durch Eintragung der Erbfolge sei deshalb erneut zurückzuweisen.
- 22** 4. Hiergegen richtet sich die notarielle Beschwerde mit - soweit von Belang - folgender Begründung:
- a) Der grundbuchverfahrensrechtliche Nachweis der Verfügungsbefugnis sei bereits durch Vorlage der Urkunde vom 27.6.2016 erbracht. Namentlich müsse auch nicht aus Gründen der Eindeutigkeit und Bestimmtheit belegt werden, mit welcher Eintragungsberechtigung der Überlasser handle. In jedem der beiden denkbaren Fälle habe die Berechtigung vorgelegen.
- 23** Die Urkunde sei auch so zu verstehen, dass die Berechtigung des Überlassers aus der Vollmacht auflösend bedingt und aus der Stellung als Alleinerbe aufschiebend bedingt folge.
- 24** b) Spätestens mit der Vorlage des Erbennachweises sei die Person des Verfügenden eindeutig, nämlich dahingehend, dass die Auflassung vom Beteiligten zu 1 in eigenem Namen als Alleinerbe seiner Ehefrau erklärt worden sei. Das ergebe sich auch ausdrücklich aus der Urkunde.
- 25** c) Schließlich sei in der berechtigterweise gefertigten Eigenurkunde die Auflassung ausdrücklich namens des Beteiligten zu 1 als Verfügendem erklärt, so dass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Person des Verfügenden ohne jeden Zweifel und ohne jede Bedingung eindeutig festgestellt sei.
- 26** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Der bestehende, im Nachhinein nicht behebbare Mangel der vorgelegten und insoweit nicht abgeänderten Urkunde könne weder durch einen nachträglich erbrachten Erbfolgenachweis noch durch die nur wiederholende Auflassung geheilt werden. Abgesehen davon sei deren Abdeckung durch die notarielle Vollzugsvollmacht höchst fraglich.
- 27** II. Die nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 i. V. m. § 73 GBO sowie § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG statthafte und zulässige Beschwerde gegen die mit Beschlüssen vom 10. und 14.10. 2016 versagte Eintragung ist im Ergebnis erfolgreich.
- 28** 1. Unter Berücksichtigung der mit dem Antrag vom 14.9.2016 vorgelegten Urkunden ist die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 auf der Grundlage des notariellen Ehegattentestaments vom

5.3.2009 in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Demzufolge kann der Beteiligte zu 1 als Erbe der im Grundbuch eingetragenen Ina B. den Grundbesitz wirksam an den Beteiligten zu 2 auflassen (vgl. § 20 GBO). Die Fassung der Überlassungsurkunde steht dem beantragten Grundbuchvollzug nicht entgegen. Auf die mit dem erneuten Antrag vom 10.10.2016 zusätzlich vorgelegte Eigenurkunde des Notars vom 5.10.2016 kommt es nicht mehr an. Weil aber die bereits zuvor gegebenen Eintragungsvoraussetzungen fortbestehen, hebt der Senat auch die insoweit ergangene Entscheidung des Grundbuchamts vom 14.10.2016 auf. Im Hinblick auf die notarielle Eigenurkunde vom 5.10.2016 ist jedoch auf folgendes hinzuweisen:

- 29** Die - gesetzlich nicht geregelte - Eigenurkunde als ein unterschriebenes und gesiegeltes Schriftstück, das der Notar nach vorangegangener Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit aufgrund ausdrücklicher Vollmacht der Beteiligten in deren Namen errichtet hat und in dem er verfahrensrechtliche Erklärungen abgibt, ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt (BGHZ 78, 36; vgl. auch BayObLG Rpfleger 1982, 416; Winkler BeurkG 17. Aufl. § 1 Rn. 6). Eigenurkunden können nach weit verbreiteter Ansicht (OLG Frankfurt MittBayNot 2001, 225 mit zust. Anm. Reithmann; ders. DNotZ 1983, 438/440; Knothe in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 29 Rn. 96; Behmer Rpfleger 1984, 306) auch für materiell-rechtliche Erklärungen im Zusammenhang mit der eigentlichen Beurkundungstätigkeit in Betracht kommen. Das gilt allerdings nicht dort, wo das Gesetz zwingend eine Zeugniskunde verlangt; in diesen Fällen sind die Regeln des Zweiten Abschnitts des BeurkG (§§ 6 ff.) einzuhalten, so dass für die Erklärung der Auflassung auch die Ausschlussvorschrift des § 6 BeurkG gilt (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 mit Abs. 2 BeurkG; OLG Zweibrücken Rpfleger 1982, 276/277; Knothe in Bauer/von Oefele § 29 Rn. 98; Reithmann MittBayNot 2001, 226/228; ders. DNotZ 1983, 438/439). Die mit der Eigenurkunde bezweckte erneute Auflassung nun ausdrücklich zwischen dem Beteiligten zu 1 als Erben und dem Beteiligten zu 2 eignet sich damit nicht als öffentlich beglaubigte Urkunde, die dem Grundbuchamt gegenüber die Auflassung als zur Eintragung erforderliche Erklärung nachweisen kann (§§ 20, 29 Abs. 1 GBO).
- 30** 2. Der Senat ist in seiner Entscheidung vom 31.8.2016 davon ausgegangen, dass einerseits die Legitimationswirkung der Vollmachtsurkunde (vgl. § 173 BGB) gegenüber dem Grundbuchamt nicht fortbestand und andererseits die Erbenstellung des Beteiligten zu 1 gemäß § 35 GBO nicht nachgewiesen war. Bei dieser Konstellation fehlt es für die Verfügungsbefugnis an jeglichem Nachweis. Der Ansicht, es reiche aus, dass die Verfügungsbefugnis des Veräußerers, wenn nicht aus dem einen Grund (als Bevollmächtigter), so doch aus dem anderen Grund (als Erbe) gegeben sei und deshalb keine Entscheidungserheblichkeit bestehe (Meikel/Böttcher Einl E Rn. 80; Keim DNotZ 2013, 692/694; Amann MittBayNot 2013, 367/371), ist der Senat nicht gefolgt.
- 31** Daran hält der Senat aus den dort niedergelegten Gründen fest; denn diese sind durch das weitere Vorbringen der Beteiligten nicht entkräftet.
- 32** 3. Nach dem für das Beschwerdegericht nun maßgeblichen aktuellen Verfahrensstand (Bay ObLG NJW-RR 2001, 1654; Hügel/Kramer GBO 3. Aufl. § 74 Rn. 16) kann die Eigentumsumschreibung auf den Beteiligten zu 2 als Erwerber weder wegen fehlender bzw. nicht nachgewiesener Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 noch wegen fehlender Bestimmtheit der Übertragung verweigert werden.
- 33** a) Zutreffend geht das Grundbuchamt davon aus, dass spätestens mit der Vorlage der die Erbfolge nachweisenden letztwilligen Verfügung samt der Niederschrift über die Eröffnung (vgl. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) die ebenfalls vorgelegte Vollmachtsurkunde vom 5.3.2009 ihre Wirkung als Rechtsscheinträger verloren hat (a. A. Zimmer ZfIR 2016, 769/772). Nichts anderes gilt, falls die Vollmacht durch Konfusion erloschen ist, weil der Bevollmächtigte Alleinerbe der Vollmachtgeberin geworden ist (OLG Hamm FGPrax 2013, 148; OLG Stuttgart JfG 12, 274; NJW 1947/1948, 627; Staudinger/Reimann BGB Bearb. Nov. 2011 Vorbem zu §§ 2197 ff. Rn. 70; J. Mayer in Bamberger/Roth BGB 3. Aufl. § 2197 Rn. 43; Bestelmeyer notar 2013, 147/160).
- 34** b) Das notarielle gemeinschaftliche Testament vom 5.3.2009 weist zweifelsfrei die Erbfolge nach (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO). Anhaltspunkte tatsächlicher Art, dass die letztwillige Verfügung unwirksam sein könnte, bestehen nicht. Ein Erbschein kann in einem derartigen Fall nicht verlangt werden (Demharter GBO 30. Aufl. § 35 Rn. 39). Daraus folgt, dass die Verfügungsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt positiv belegt ist und ausschließlich auf der Erbenstellung des Beteiligten zu 1 beruht. Der Voreintragung des Beteiligten zu 1

als Berechtigten nach § 39 Abs. 1 GBO bedarf es wegen § 40 Abs. 1 GBO in diesem Fall nicht.

- 35** c) Die Mehrdeutigkeit der Übertragungsurkunde im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers - materiell- wie verfahrensrechtlich lagen Erklärungen des Beteiligten zu 1 sowohl von ihm selbst als Erbe als auch in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter seiner verstorbenen Ehefrau für die Erben vor - steht der begehrten Eintragung nicht entgegen.
- 36** Inhaltlich hat die Eintragung im Grundbuch neben dem Tag und der Unterschrift (vgl. § 44 GBO) den Eintragungsgrund zu bezeichnen, so etwa die Auflassung unter Bezeichnung der maßgeblichen notariellen Urkunde (§ 9 Buchst. d GBV; dazu Meikel/Böttcher GBO 10. Aufl. § 9 GBV Rn. 26 unter Hinweis auf § 44 Abs. 2 Satz 2 GBO). Schwierigkeiten ergeben sich insofern nicht, als die Urkunde, die die Auflassung enthält, bestimmt ist; sie kann durch ihr Datum, den Namen des Notars und die Nummer der Urkundenrolle (siehe § 44 Abs. 2 Satz 2 GBO) bei Bedarf näher bezeichnet werden. Dass sie die Grundlage der Verfügungsbefugnis nicht eindeutig bezeichnet, berührt den Bestimmtheitsgrundsatz im Hinblick auf den nun vorliegenden Erbennachweis nicht. Denn damit steht fest (siehe zu b), dass der Beteiligte zu 1 aufgrund seiner Alleinerbenstellung nach der noch eingetragenen Eigentümerin handelt. Dass die Urkunde daneben noch einen anderen Grund bezeichnet, auf den die Berechtigung gestützt wird, schadet nicht, weil die alternativ bezeichnete Befugnis aus der Vollmacht nachgewiesenermaßen nicht besteht.
- 37** III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst; vielmehr ergibt sich die Kostenfolge für die Beschwerdeinstanz aus dem Gesetz (vgl. § 22 Abs. 1 GNotKG) und für das Verfahren vor dem Grundbuchamt aus § 28 GNotKG.