

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.:** 167266**letzte Aktualisierung:** 14. Februar 2019**GBO § 29; ZPO §§ 80, 794; BGB §§ 167, 311b, 1191****Erforderlichkeit der Beurkundung einer Finanzierungsvollmacht****I. Sachverhalt**

Der noch nicht eingetragene Grundstückserwerber hat eine Grundschuld beurkundet, mittels einer Vollmacht des Grundstückseigentümers, welche isoliert und nur als Unterschriftenbeglaubigung vorlag.

**II. Fragen**

1. Ist die Finanzierungsvollmacht als reine Unterschriftenbeglaubigung ausreichend / wirksam, oder hätte sie beurkundet werden müssen?
2. Wird durch die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch ein etwaiger Formmangel der Vollmacht geheilt?

**III. Zur Rechtslage****1. Grundbuchrechtliche Anforderungen**

Gem. **§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO** soll eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch **öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden** nachgewiesen werden. Zwar bedürfen Vollmachten materiellrechtlich zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich keiner Form (§ 167 Abs. 2 BGB), dem Grundbuchamt gegenüber müssen sie aber in der **Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO** nachgewiesen werden (BGH NJW 1959, 883). Es genügen indes Vollmachten in **öffentliche beglaubigter Form**; weitere Nachweise sind nicht erforderlich (KEHE-GBO/Volmer, 7. Aufl. 2015, § 29 Rn. 41).

**Aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht bedarf die Finanzierungsvollmacht folglich nicht der Beurkundung;** es genügt, dass sie öffentlich beglaubigt ist.

**2. Beurkundungsbedürftigkeit nach § 311b BGB**

Möglicherweise ergibt sich jedoch eine Beurkundungsbedürftigkeit aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, demzufolge bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung.

Beurkundet werden muss in diesem Zusammenhang das **gesamte Rechtsgeschäft**, das die Grundstücksveräußerungs- oder -erwerbsverpflichtung enthält (statt aller: MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2016, § 311b Rn. 50). Beurkundungsbedürftig sind bei Grundstücksgeschäften **alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt** (BGH NJW 1983, 563, 564).

### a) Beurkundungsbedürftigkeit als Nebenabrede

Fraglich ist, ob hierzu auch die Vollmacht zur Bestellung einer Finanzierungsvollmacht gehört. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu beachten, dass nicht nur die *essentialia negotii*, sondern **auch *accidentalia* (Nebenabreden) zu beurkunden** sind, soweit die entsprechenden Punkte für die Parteien im konkreten Fall tatsächlich regelungsbedürftig, also zum Vertragsinhalt gemacht worden sind (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std: 1.9.2018, § 311b Rn. 153). Entscheidend ist, ob die Vereinbarung **Regelungswirkungen** entfalten und nicht lediglich das ohnehin kraft Gesetzes geltende wiedergeben sollen (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 172). Eine Unterscheidung zwischen „wichtigen“ und „unwichtigen“ Teilen kennt das Gesetz dabei nicht (MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311b Rn. 50). Anerkannt ist insoweit, dass beurkundungsbedürftig die vertraglich vereinbarten weiteren Schritte zum **Vollzug** des Vertrages sind, gleich ob diese durch den Notar oder durch die Parteien vorzunehmen sind (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 173.2).

Soweit die Parteien bereits bei Vertragsschluss davon ausgingen, dass der Käufer den Kaufpreis wird finanzieren müssen, kann u. E. davon ausgegangen werden, dass die Parteien den Kaufvertrag nicht abgeschlossen hätten, wenn nicht die **Mitwirkung des Verkäufers / Grundstückseigentümers bei der Bestellung von Grundpfandrechten** gesichert wäre. Dies liegt darin begründet, dass weder Verkäufer noch Käufer ein Interesse daran haben werden, einen Kaufvertrag zu schließen, wenn die Finanzierung nicht gesichert ist. U. E. dürfte daher eine **Vereinbarung zur Verpflichtung zur Mitwirkung des Veräußerers bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten durch den Erwerber beurkundungsbedürftig** sein (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 173.2). Aufzunehmen wäre bei einem entsprechenden Willen der Parteien also die **Verpflichtung des Veräußerers zur Mitwirkung**.

Soweit eine solche Verpflichtung nicht in den Grundstückskaufvertrag aufgenommen wurde, aber dies nach dem Willen der Parteien ein regelungsbedürftiger Punkt gewesen wäre, hätte dies zur Folge, dass die entsprechende **Vereinbarung nach § 125 BGB wegen Formmangels nichtig** wäre. Ist eine Vereinbarung nach § 125 BGB nichtig, so richtet sich das Schicksal des Rechtsgeschäfts i. Ü. nach **§ 139 BGB** (MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 311b Rn. 71). Gem. § 139 BGB ist dann, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Da die Mitwirkung des Veräußerers bei der Grundschuldbestellung im Falle der Finanzierungsbedürftigkeit essentiell ist und nicht davon ausgegangen werden kann, dass Käufer und Verkäufer den Vertrag ohne gesicherte Finanzierung abgeschlossen hätten, dürfte insofern **Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrags** gegeben sein. Dieser formelle Mangel wäre allerdings gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB dann **geheilt**, wenn die Auflassung und die Eintragung im Grundbuch erfolgen.

Anders wäre der Fall dann, wenn die Parteien entweder bei Abschluss des Kaufvertrags noch gar nicht wussten, dass eine Finanzierung vonnöten sein würde, oder wenn sie sich hierüber schlicht keine Gedanken gemacht hätten. In diesem Fall wäre nämlich die **Verpflichtung zur Mitwirkung nach dem Willen der Parteien nicht Teil des Grundstückskaufvertrags** und damit auch nicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig gewesen. In diesem Fall könnte die Verpflichtung zur Erteilung der Vollmacht problemlos **nachgeholt** werden. Sie wäre dann, wenn die Auflassung bereits erklärt worden wäre, auch **nicht formbedürftig**, da **Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung formlos möglich** sind, wenn die Auflassung bindend geworden ist (BGH NJW 2018, 3523). Die Verpflichtung könnte also entweder **konkludent** durch Übergabe der (unterschriftenbeglaubigten) Vollmachtsurkunde eingegangen werden. Möglich wäre aber auch ein **privatschriftlicher Nachtrag zum Kaufvertrag**, in dem die Beteiligten erklären, dass sie bei Vertragsschluss die Aufnahme einer Verpflichtung zur Mitwirkung nicht erforderlich gehalten haben, eine entsprechende Erklärung aber nun nachholen wollen.

### b) Beurkundungsbedürftigkeit als gemischter bzw. zusammengesetzter Vertrag

Von der **Verpflichtung** zur Mitwirkung bei der Bestellung von Grundpfandrechten zu trennen ist indes die **Erteilung einer Vollmacht zur Bestellung von Grundpfandrechten**. Diese ist als **Erfüllung** der vorgenannten Verpflichtung zu betrachten, und als eigenständiges Rechtsgeschäft nicht Teil des Kaufvertrags.

Zwar können auch eigenständige Rechtsgeschäfte nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig sein, wenn es sich bei ihnen entweder um einen **gemischten** (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 156 f.) oder um einen **zusammengesetzten** (BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rn. 180 ff.) **Vertrag** handelt.

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass sich das Beurkundungserfordernis stets nur auf das **schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft** bezieht, nicht indes auf jene Rechtsgeschäfte / -handlungen, die der **Erfüllung des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes** dienen. Bei der Erteilung der Vollmacht handelt es sich aber gerade nicht um ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, sondern um dessen Erfüllung, mithin das **Verfügungsgeschäft**. Dieses ist **nicht beurkundungsbedürftig**.

### 3. Vollmacht zur Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Möglicherweise ergibt sich eine Beurkundungspflicht jedoch daraus, dass eine Finanzierungsvollmacht i. d. R. auch dazu berechtigt, die dingliche **Zwangsvollstreckungsunterklärung im Namen des Grundstückseigentümers zu erklären** (vgl. hierzu das Muster in Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2001).

Die Bestellung einer Buchgrundschuld ist **grundsätzlich formfrei** möglich. Lediglich für den Grundbuchverkehr ist es erforderlich, dass die Grundschuld zumindest in öffentlich beglaubigter Form dem Grundbuch vorgelegt wird. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn in der Grundschuldbestellungsurkunde eine **Zwangsvollstreckungsunterwerfung** enthält; in diesem Fall ist notarielle Beurkundung erforderlich (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).

Die Vollmacht bedarf indes nach **§ 167 Abs. 2 BGB** nicht der Form des Rechtsgeschäfts, auf das sich die Vollmacht bezieht.

Auch aus anderen Rechtsgründen ergibt sich keine Formbedürftigkeit der Vollmacht aufgrund der (regelmäßig) enthaltenen Bevollmächtigung zur Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung. So führte der **BGH** in seinem **Urt. v. 18.11.2003 – XI ZR 332/02** aus:

„Allerdings hat das BerGer. im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die mit notarieller Urkunde vom 19. 12. 1994 erklärte Vollstreckungsunterwerfung unwirksam ist mit der Folge, dass hiermit kein wirksamer Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschaffen wurde.

Dies folgt jedoch - anders als das BerGer. meint - nicht aus der fehlenden notariellen Beurkundung der Vollmacht vom 6. 12. 1994, mit der die Kl. dem Bankkaufmann G neben der Abschlussvollmacht für den Erwerb der Eigentumswohnung auch Vollmacht zur Abgabe der Vollstreckungsunterwerfungserklärung erteilt haben. Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die auf die Schaffung des Titels gerichtete Vollmacht nicht formunwirksam. Wie das BerGer. an anderer Stelle zutreffend gesehen hat, 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 §§ 80ff. ZPO und nicht denen der §§ 164ff. BGB [...]. Damit erweisen sich die Ausführungen des BerGer. 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 §§ 80ff. ZPO bilden für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht. Materiell-rechtliche Regelungen über die Vollmacht können daher nur Geltung erlangen, wenn die ZPO auf sie verweist oder in ihnen allgemeine Rechtsgedanken der Stellvertretung zum Ausdruck kommen [...].

Das ist hier nicht der Fall. Die ZPO 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 [...].

Soweit in der Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten wird, eine Vollmacht zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung unterfalle in bestimmten Fällen der Beurkundungspflicht des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO (Dux, WM 1994, 1145, 1147f.), kann dahinstehen, ob dem zu folgen ist. Eine Beurkundungspflicht besteht nach dieser Auffassung jedenfalls nur für unwiderruflich erteilte Prozessvollmachten, die von den Kl. erteilte Vollmacht ist aber frei widerruflich. Das verkennt auch das BerGer. nicht. Es meint aber, wegen der hohen Risiken, die die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung auch in das persönliche Vermögen für den Schuldner mit sich bringe, müsse auch die frei widerrufliche Vollmacht zur Abgabe einer

entsprechenden Erklärung notariell beurkundet werden, da nur so eine ausreichende Belehrung durch den Notar sichergestellt werde. Auch das vermag jedoch die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung der prozessualen Vollmacht abweichend von § 80 ZPO nicht zu begründen. Wie der *Senat* - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden hat, kommt es für die Frage der Wirksamkeit einer Vollmacht zur Abgabe einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung nicht auf eine Belehrung durch den Notar an. Es entspricht nämlich jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss [...]. Ebenso wie er sich aus diesem Grund zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung formlos in einem Darlehensvertrag verpflichten kann [...], bedarf auch die Vollmacht zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung keiner besonderen Form.“ (BGH NJW 2004, 844 f.)

Soweit es sich – wie dies regelmäßig der Fall ist, zumal streitig ist, ob eine unwiderrufliche Vollmacht überhaupt denkbar ist (vgl. hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Fn. 4029 zu Rn. 1852) – um eine **unwiderrufliche Vollmacht** handelt, bedarf diese mithin **keiner notariellen Beurkundung**.

#### 4. Ergebnis

I. Erg. ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Vollmacht beurkundungsbedürftig sein sollte. Dass sie notariell beglaubigt ist, reicht mithin aus, um wirksam eine Grundschrift bestellen und im Grundbuch eintragen lassen zu können.

Beurkundungsbedürftig wäre hingegen – bei entsprechendem Willen der Parteien bei Vertragsschluss (Grundstückskaufvertrag) – die Verpflichtung des Veräußerers zur Mitwirkung bei der Grundpfandrechtsbestellung gewesen. Soweit die Parteien bereits bei Vertragschluss davon ausgingen, dass eine Finanzierung notwendig sein würde, könnte u. E. die fehlende Beurkundung der Mitwirkungsverpflichtung dazu geführt haben, dass der gesamte Vertrag nach §§ 125, 139 BGB nichtig wäre. Eine Heilung würde dann aber nach § 311b Abs. 1 S. 2 BGB eintreten, wenn die Auflösung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

Soweit sich die Parteien bei Vertragsschluss keine Gedanken um die Finanzierung des Kaufpreises gemacht hätten, wenn also die Verpflichtung zur Mitwirkung nach ihrer Vorstellung nicht Teil des Kaufvertrags sein sollten, so könnte diese nunmehr privatschriftlich (als Nachtrag zum Kaufvertrag) nachgeholt werden, soweit die Auflösung bindend geworden wäre, da ab diesem Zeitpunkt Änderungen des Kaufvertrags formfrei möglich sind.