

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 162141

letzte Aktualisierung: 28. August 2018

### BGB § 181

### Generalvollmacht ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB

#### I. Sachverhalt

Ein Bevollmächtigter beabsichtigt, aufgrund einer Vorsorgevollmacht seiner Mutter, unter welcher die Unterschrift notariell beglaubigt ist, für diese deren Haus zu verkaufen. Zur Finanzierung des Kaufpreises muss eine Grundschuld eingetragen und der Grundbesitz der dinglichen Zwangsvollstreckung unterworfen werden.

Die Vollmacht enthält u. a. die folgende Bestimmung:

„Ich (Mutter) bevollmächtige hiermit meinen Sohn mich in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Die Vollmacht umfasst insbesondere die Befugnis:

Alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte in meinem Namen vorzunehmen, über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen, Zahlungen und Wertgegenstände anzunehmen, zur Vertretung bei allen Anträgen und Verfahrenshandlungen gegenüber Versicherungen, Kranken- und Pflegekassen, Behörden, Ämtern und Gerichten, zur Vertretung bei allen öffentlichen Registern und zur Vertretung gegenüber Gerichten sowie Prozesshandlungen aller Art.“

Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist in der Vollmacht nicht enthalten, ebenso wenig eine Befugnis zur Erteilung von Untervollmacht.

#### II. Frage

Kann aufgrund des Inhalts der Vollmacht die Beurkundung des Kaufvertrages sowie der Grundschuld nebst dinglicher Vollstreckungsunterwerfung durch den Bevollmächtigten vorgenommen werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Umfang der Vollmacht

Der Wortlaut der Vollmacht entspricht zunächst dem einer notariellen Generalvollmacht. Zwar werden im Anschluss einzelne Rechtsbereiche aufgeführt, in denen die Vollmacht eingesetzt werden soll, dies soll aber anscheinend („insbesondere“) die Vollmacht nicht im Außenverhältnis auf diese aufgeführten Rechtsbereiche beschränken. Selbst wenn man dies annehmen würde, so wäre der Bevollmächtigte hiernach befugt, über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen, sodass auch hierüber die Bestellung einer Grundschuld und die Veräußerung einer Immobilie gedeckt sein dürften.

Der tatsächliche Inhalt der Vollmacht kann allerdings nur durch eine Auslegung der Erklärung des Vollmachtgebers ermittelt werden. Hierzu kann das DNotI auf der Grundlage der uns vorliegenden Sachverhaltsinformationen keine abschließende Stellungnahme abgeben.

#### 2. Finanzierungsvollmacht

Zweifel könnten sich hingegen daraus ergeben, dass im Rahmen einer Finanzierungsvollmacht üblicherweise der Käufer unter Befreiung von § 181 BGB bevollmächtigt wird, die Finanzierungsgrundschuld schon vor Eigentumsübergang zu bestellen und den jeweiligen Eigentümer in dinglicher Hinsicht der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

##### a) Untervollmacht

Die Erteilung einer Untervollmacht ist im Rahmen einer gewillkürten Stellvertretung grundsätzlich rechtlich zulässig (vgl. nur MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 167 Rn. 78). Damit kommt grundsätzlich auch bei einer Vorsorgevollmacht, die regelmäßig als Generalvollmacht erteilt wird, eine Unterbevollmächtigung in Frage.

Ob die Hauptvollmacht im konkreten Fall die Bevollmächtigung eines Untervertreters erlaubt, sollte in der Vollmacht grundsätzlich ausdrücklich festgestellt werden. In der kautelarjuristischen Literatur wird daher auch empfohlen, dass der Notar bei notariell beurkundeten Vollmachten immer klarstellt, ob Untervollmacht erteilt werden darf (vgl. nur Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Rn. 312; vgl. zu Untervollmachten allgemein den beiliegenden Aufsatz von Schüller, RNotZ 2014, 585). Üblicherweise wird in der notariellen Vorsorgevollmacht daher ausdrücklich festgehalten, ob und inwieweit die Erteilung von Untervollmachten zulässig ist.

Fehlt eine ausdrückliche Klarstellung in der Vollmacht, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln, ob die Erteilung einer Untervollmacht zulässig ist (vgl. nur MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 78). Da es bei der Auslegung stets auf die besonderen Umstände des Einzelfalls ankommt, kann das DNotI zu Auslegungsfragen nicht verbindlich Stellung nehmen.

Bei der Auslegung wird allgemein davon ausgegangen, dass – je größer der Umfang der Vollmacht ist – der Vertreter umso eher dazu befugt sein sollte, zumindest für einzelne Angelegenheiten Untervollmacht zu erteilen (OLG München NotBZ 2012, 452, 453; MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 78). Namentlich bei einer Generalvollmacht

sollte demgemäß die Einräumung einer Untervollmacht für bestimmte Angelegenheiten eingeschlossen sein (vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 167 Rn. 63). Gegebenenfalls kann der Generalvertreter daher auch weiterreichende Untervollmachten erteilen (Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 63).

Im Rahmen der Auslegung können aber auch die besonderen Umstände der Vollmachterteilung Berücksichtigung finden, wie bspw. der Umstand, ob der Hauptvertreter wegen eines besonderen Nähe- oder Vertrauensverhältnisses bevollmächtigt wurde, da der Vertretene i. d. R. nur eine Vertretung durch den Hauptvertreter gewollt habe (vgl. OLG München NotBZ 2013, 69, 70; OLG Hamm DNotZ 2012, 230, 231; MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 78). Etwas anderes gilt, wenn der Vertretene erkennbar kein Interesse an der persönlichen Wahrnehmung der Vertretungsmacht hat (MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 78).

Bei der Vorsorgevollmacht handelt es sich um eine Vollmacht, der ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Bevollmächtigten zugrunde liegt. Dies spricht dafür, dass eine Vorsorgevollmacht nicht ohne Weiteres zur Erteilung von Untervollmachten berechtigt. Dies gilt vor allem für sehr weitreichende Untervollmachten und für Untervollmachten im persönlichen Bereich. Denn gerade im Bereich der Personensorge (wie z. B. Einwilligung in ärztliche Maßnahmen bzw. Behandlungsabbruch, freiheitsentziehende Unterbringung des Vollmachtgebers, usw.) wird der Vollmachtgeber i. d. R. ein besonderes Interesse an der persönlichen Wahrnehmung der Angelegenheiten durch den Hauptbevollmächtigten haben. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Erteilung von Untervollmachten in Angelegenheiten der Personensorge nach wie vor nicht (im positiven Sinne) gerichtlich geklärt ist.

Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass sich die Untervollmacht lediglich auf die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld erstreckt. Insoweit dürfte der Vollmachtgeber in der Regel kein Interesse daran haben, dass der Bevollmächtigte selbst an der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld mitwirkt. Vielmehr dürfte den Interessen des Vollmachtgebers dadurch hinreichend Rechnung getragen sein, dass der Bevollmächtigte im Kaufvertrag dem Käufer die Finanzierungsvollmacht mit den üblichen Einschränkungen erteilt. Im Verhältnis zum vertretenen Verkäufer stellt sich die Bestellung der Finanzierungsgrundschuld lediglich als Abwicklungsmodalität dar. Wir gehen daher davon aus, dass Bevollmächtigte dem Käufer eine entsprechende Untervollmacht zur Bestellung der Finanzierungsgrundschuld erteilen kann, auch wenn ihm in der Vollmacht keine ausdrückliche Befugnis zur Einräumung einer Untervollmacht eingeräumt wurde (so auch für eine allg. Verkaufsvollmacht OLG Hamm NotBZ 2013, 142 m. zust. Anm. Woinar; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.5.2018, Sonderbereich Vertretungsmacht, Rn. 41; vgl. auch zum Fortbestand einer Untervollmacht zur Bestellung einer Finanzierungsvollmacht bei Wegfall der Hauptvollmacht KG FGPrax 2017, 98; OLG Köln FGPrax 2018, 106, 107).

## b) § 181 BGB

Nach h. M. in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung kann ein seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Vertreter im Rahmen der Erteilung einer Untervollmacht den Unterbevollmächtigten nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.

Die Bestellung einer Grundschuld erfolgt durch Einigung und Eintragung (§§ 873 Abs. 1, 1191 Abs. 1, 164 Abs. 1 BGB). Die dingliche Einigungserklärung wird zumeist

vom Verkäufer als derzeitigem Eigentümer und somit Verfügungsberechtigtem gegenüber dem Grundschuldgläubiger erklärt (vgl. §§ 145 ff. BGB). Die dingliche Einigungs-erklärung zur Grundschuldbestellung wird regelmäßig auch vom Käufer als künftigem Eigentümer abgegeben, um sicherzustellen, dass die Vollstreckungsklausel auch in Bezug auf die dingliche Zwangsvollstreckung unmittelbar gegen den künftigen Eigentümer ohne weitere Nachweise erteilt werden kann (vgl. Gaberdil/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 144; KG DNotZ 1988, 238). Die Einigung kommt durch eine entsprechende Erklärung des Grundschuldgläubigers spätestens stillschweigend mit der Entgegennahme der Grundschuld zustande (§ 362 Abs. 1 S. 1 Var. 2 HGB).

Gemäß § 181 BGB kann ein Vertreter grundsätzlich nicht im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. § 181 BGB gilt nur dann, wenn der Vertreter das Rechtsgeschäft „mit sich“ im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten abschließt und ist somit unanwendbar, wenn jemand einen Vertrag zugleich in eigenem Namen und in fremdem Namen oder für mehrere Vertretene mit einem Dritten abschließt, also keine gegenläufigen, sondern parallele Willenserklärungen abgibt (BGHZ 50, 8, 10; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl. 2018, § 181 Rn. 7). Dies beinhaltet u. E. auch den Fall der Abgabe paralleler Willenserklärungen im Namen des Verkäufers und des Käufers im Hinblick auf die Grundschuldbestellung zugunsten des Grundschuldgläubigers.

Im Rahmen der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld könnte sich aus dem Umstand etwas anderes ergeben, dass der Käufer in der Regel auch den Rangrücktritt der Auflassungsvormerkung hinter die Grundschuld bzw. für den Fall erklärt, dass die Auflassungsvormerkung noch nicht im Grundbuch eingetragen ist.

Das LG Mönchengladbach hat in seinem Beschluss vom 13.11.1986 (MittRhNotK 1986, 265) entschieden, dass bei einem Rangrücktritt eines zugunsten eines Pfleglings auf dem Grundstück des Pflegers eingetragenen Nießbrauchsrechts hinter eine neu einzutragende Grundschuld kein Verstoß gegen § 181 BGB vorliege. Für eine Änderung bedürfe es lediglich der Zustimmung des Eigentümers, wenn das zurücktretende Recht seiner Natur nach zu einer Eigentümergrundschuld werden könne gemäß § 880 Abs. 2 S. 2 BGB. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sollte jedoch ein Nießbrauchsrecht im Rang hinter eine noch einzutragende Grundschuld zurücktreten, sodass es nach Auffassung des LG Mönchengladbach einer Zustimmung des Eigentümers gar nicht bedurfte. Vielmehr könne der Rangrücktritt alleine durch eine Vereinbarung zwischen dem Nießbrauchsberichtigten und dem Grundschuldgläubiger erfolgen. Auch namentlich *Kutter* (in: Staudinger, BGB, 2012, § 880 Rn. 27) kommt unter Hinweis auf die vorgenannte Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich ist, wenn nur das vortretende Recht ein Grundpfandrecht ist und dass etwa der Eigentümer, der zugleich Pfleger des Inhabers des zurücktretenden Rechts (z. B. Nießbrauch) ist, den Rechtsinhaber ohne Verstoß gegen § 181 BGB beim Rangrücktritt vertreten könne.

Demzufolge dürfte ein Verstoß gegen § 181 BGB vorliegend jedenfalls dann nicht anzunehmen sein, wenn der Verkäufer gemäß § 880 Abs. 2 S. 2 BGB dem Rangrücktritt nicht zustimmen müsste. Nach dieser Norm muss ein Eigentümer dem Rangrücktritt nur zustimmen, wenn es sich bei dem zurücktretenden Recht um eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld handelt. Dieses Erfordernis gilt auch dann, wenn einem eingetragenen Grundpfandrecht ein erst einzutragendes Recht im Rang vorgehen

soll (vgl. BGH Rpfleger 2010, 129; Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 45 Rn. 55). Die Erforderlichkeit der Zustimmung des Eigentümers gemäß § 880 Abs. 2 S. 2 BGB beruht auf der Möglichkeit des Erwerbs des Grundpfandrechts durch den Eigentümer als Eigentümerhypothek bzw. als Eigentümergrundschuld (Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2002, § 880 Rn. 13). Das Kammergericht hat mit Beschluss vom 30.4.1936 (JFG 13, 418) entschieden, dass für den Fall des Rangrücktritts einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek hinter eine nachgehende Grundschuld keine Zustimmung des Eigentümers erforderlich sei, da ihm das Gesetz eine rechtlich geschützte Anwartschaft auf den Erwerb der Eigentümergrundschuld erst von dem Zeitpunkt an zugestehe, in welchem die Hypothek selbst entstanden sei.

Demnach dürfte auch vorliegend für den Rangrücktritt der zugunsten des Käufers eingetragenen Auflassungsvormerkung hinter die einzutragende Grundschuld (bzw. den entsprechenden Rangvorbehalt, sofern die Auflassungsvormerkung noch nicht eingetragen ist) die Zustimmung des Verkäufers nicht erforderlich sein, mit der Folge, dass es dem bevollmächtigten Käufer möglich sein sollte, den Rangrücktritt bzw. Rangvorbehalt zu erklären, ohne dass ein Verstoß gegen § 181 BGB vorliegt.

- c) Eine Bestellung der Finanzierungsgrundschuld durch den Bevollmächtigten dürfte daher grundsätzlich möglich sein.
- 3. Notwendigkeit der ausdrücklichen Bevollmächtigung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung, § 800 ZPO?**

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung gem. §§ 794 Abs. 1 Nr. 4, 800 ZPO ist keine materiell-rechtliche, sondern vielmehr eine zivilprozessuale Erklärung, auf die für den Fall der Vertretung die Bestimmungen der §§ 80 ff. ZPO anzuwenden sind (vgl. statt aller BeckOK-GBO, Reetz, Std.: 1.2.2018, Sonderbereich Vertretungsmacht, A. II. Rn 9; BeckOK-ZPO/Hoffmann, Std.: 1.3.2018, § 794 Rn. 45).

In Ansehung von Spezialvollmachten, insbesondere Vorwegbelastungsvollmachten bei Kaufverträgen ist umstritten, ob diese eine ausdrückliche Regelung betreffend einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung gem. § 800 ZPO enthalten müssen. Die wohl h. M. geht davon aus, der Bevollmächtigte müsste zur Abgabe der Unterwerfungserklärung nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800 ZPO ausdrücklich bevollmächtigt sein, denn die Vollmacht zur materiell-rechtlichen Bestellung einer Grundschuld umfasse nicht zwangsläufig die Befugnis zur Abgabe der prozessualen Unterwerfungserklärung. Fehle eine ausdrückliche Bevollmächtigung, so sei die dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Zweifel von der Vollmacht nicht gedeckt (vgl. BeckOK-ZPO/Hoffmann, § 794 Rn. 45; OLG Düsseldorf Rpfleger 1988, 357; BayObLG Rpfleger 1987, 153; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VII Rn. 18; Demharter, GBO, 20. Aufl. 2016, § 19 Rn. 75.3; vgl. auch OLG Düsseldorf MittRhNotK 1992, 269; OLG Düsseldorf Rpfleger 1989, 499; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3555: „Die Vollmacht, im Rahmen einer „Grundstücksveräußerung bei der Beleihung mitzuwirken“ oder „Grundpfandrechte zu bestellen“ gibt ... nicht ... die Befugnis, eine dingliche Vollstreckungsunterwerfung zu erklären.“; vgl. ausf. v. Rintelen, RNotZ 2001, 2, 14 ff.; Volmer, MittBayNot 2017, 240, 242 mit krit. Anm. zur Grundbuchverfahrenspraxis).

Nach unserem Dafürhalten ist diese Rechtsauffassung allerdings auf den Fall einer Generalvollmacht nicht übertragbar, denn eine solche soll naturgemäß zu sämtlichen Rechtshandlungen ermächtigen, bei denen eine Vertretung rechtlich zulässig ist. Insoweit

bestehen keine Zweifel daran, dass eine solche umfassende Vollmacht nicht nur das materielle Rechtsgeschäft, sondern auch die zivilprozessuale Unterwerfungserklärung mitumfasst. In diesem Sinne hat sich jüngst auch das OLG Dresden in seinem Beschl. v. 1.8.2016 – 17 W 663/16 (abrufbar unter juris) unter Bezugnahme auf eine gleichlautende Entscheidung des OLG Saarbrücken (NJOZ 2014, 253; vgl. auch Weinland, in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 167 Rn. 58) geäußert. Die Annahme des Grundbuchamts, eine Ermächtigung müsse stets ausdrücklich in der Vollmachtsurkunde enthalten sein, sei im Hinblick auf eine als Generalvollmacht ausgestalte Vorsorgevollmacht nicht zutreffend. Auch das OLG Düsseldorf (MittBayNot 2017, 240 m. Anm. Volmer) hat jüngst die Bestellung einer Grundschrift nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung als von einer mittels üblichen Formular erteilten unterschriftsbeglaubigten General- und Vorsorgevollmacht bestätigt. Dieser Rechtsprechung ist u. E. zuzustimmen, zumal im vorliegenden Fall die Vollmacht sogar ausdrücklich die Vornahme von Prozesshandlungen vorsieht.