Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 181790

letzte Aktualisierung: 19. März 2021

GBO §§ 35, 39, 40

Zum Erfordernis der Voreintragung der Erben; Übertragung eines Grundstücks und Bestellung einer Grundschuld durch den Nachlassinsolvenzverwalter (Finanzierungsvollmacht; Vertretung durch den Erwerber)

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstück verkauft werden, welches gemäß Eintragung in Abt. II des Grundbuches einer Nachlassinsolvenz unterliegt. Als Eigentümer ist noch der Verstorbene eingetragen. Die Erben wurden ermittelt, aber bis Stand heute noch kein Erbschein beantragt. Es wurde lediglich der Insolvenzvermerk ins Grundbuch eingetragen. Voraussichtlich benötigt der Käufer auch eine Finanzierungsgrundschuld für die Kaufpreiszahlung.

II. Fragen

1. Ist bei dem Verkauf durch den Nachlassinsolvenzverwalter ein Erbschein in grundbuchtauglicher Form erforderlich?
2. Und wenn ja, muss für die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld des Käufers die Voreintragung der Erben erfolgen?

III. Zur Rechtslage

1. Sinn und Zweck des Voreintragungsgrundsatzes und der Entbehrlichkeit der Voreintragung in den gesetzlich normierten Fällen – Allgemeines

Gemäß § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Dies dient der Erleichterung der Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt und schützt den eingetragenen Berechtigten vor ihn benachteiligenden Verfügungen (BeckOK-GBO/Zeiser, 41. Ed. 1.02.2021, § 39 Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 136). Der Voreintragungsgrundsatz gewährleistet die Kontinuität des Grundbuchs und damit die Nachvollziehbarkeit und Verständlichkeit des Grundbuchs (BGH NJW-RR 2006, 888, 890).

Nach § 40 Abs. 1 GBO ist die Voreintragung entbehrlich, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll oder wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers **oder eines Nachlasspflegers** oder

durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Gemäß § 40 Abs. 2 GBO gilt dies auch für Eintragungen aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers oder aufgrund eines gegen diesen vollstreckbaren Titels, sofern die Bewilligung oder der Titel gegen den Erben wirksam sind.

Die in § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO normierte Ausnahme zum Voreintragungsgrundsatz begründet sich damit, dass die Voreintragung in diesen Fällen nur eine vorübergehende Bedeutung hätte. Die Entbehrlichkeit der Voreintragung der Erben nach § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO setzt jedoch den **Nachweis der Erbenstellung** i. S. d. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO in der Form der §§ 29 Abs. 1, 35 GBO voraus (Erbennachweis zum Nachweis der Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO).

Für die Fälle einer Bewilligung des Erblassers, Nachlasspflegers oder Testamentsvollstreckers bezweckt die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz den **Grundbuchvollzug für jeden und damit insbes. auch für den Fall sicherzustellen, dass die materiell betroffenen Erben unbekannt sind** (Volmer, in: KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 40 GBO Rn. 1; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 40 Rn. 30). In diesen Konstellationen sind alle Bewilligungen von der Voreintragungspflicht befreit und nicht nur die Aufhebung oder Übertragung eines Rechts (Volmer, § 40 GBO Rn. 1; Weber, DNotZ 2018, 884, 896; Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 29).

Unter den Begriff des Nachlasspflegers wird auch der **Nachlassinsolvenzverwalter** subsumiert (LG Mainz NotBZ 2007, 226; Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 31; Hügen/Zeiser, GBO, 4. Aufl. 2020, § 40 Rn. 27; BeckOK-GBO/Zeiser, § 40 Rn. 27; Schöner/Stöber, Rn. 142).

2. Entbehrlichkeit der Voreintragung der Erben und des Erbennachweises bei Bewilligung der Finanzierungsgrundschuld

Die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld erfolgt, wenn der durch die Eintragung Betroffene diese bewilligt gem. § 19 GBO. Da es sich insoweit um die Vornahme einer Eintragung aufgrund Bewilligung handelt, ist § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO dem Grunde nach erfüllt. Allerdings ist zu beachten, dass der Erwerber die Bewilligung in einer solchen Konstellation (Handeln aufgrund Finanzierungsvollmacht) auch im Namen des Eigentümers bzw. des Verfügungsberechtigten (hier des Nachlassinsolvenzverwalters) als dessen Vertreter abgibt, da er selbst bis zur Eigentumsumschreibung keine Grundschuld an fremden Grundbesitz bestellen kann.

Da nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt und auch die Bewilligung nach § 19 GBO durch einen Vertreter abgegeben werden (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 102), dürfte § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO jedoch auch in dieser Konstellation einschlägig sein (so ausdrücklich im Falle des Handelns des Testamentsvollstreckers: OLG München, DNotZ 2019, 535 = MittBayNot 2020, 59). **Somit dürfte es sich bei der durch den Erwerber erklärten Bewilligung zur Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf Grundlage einer Finanzierungsvollmacht um eine solche des Nachlassinsolvenzverwalters i. S. d. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO handeln.** Das Bestehen dieser Finanzierungsvollmacht ist freilich nach Verfahrensrecht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.

3. Entbehrlichkeit der Voreintragung der Erben und des Erbennachweises im Hinblick auf die Eigentumsumschreibung

Die Eintragung des Eigentumswechsels setzt neben der Bewilligung i. S. d. § 19 GBO, bzgl. derer die Voreintragung des Erben und der Erbennachweis nicht erforderlich ist gem. § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO, auch den Nachweis der Einigung gem. § 20 GBO voraus. Insoweit stellt sich die Frage, ob diesbezüglich der **Erbennachweis i. S. d. §§ 29 Abs. 1, 35 GBO** geführt werden muss.

Soll ein zum Nachlass gehörendes Grundstück veräußert werden, muss nicht in allen Fällen ein Nachweis durch Erbschein gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO erbracht werden. Eines solchen Erbscheins bedarf es bspw. dann nicht, wenn zwar über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück verfügt wird, Verfügender aber nicht der oder die Erben sind, sondern vielmehr ein Bevollmächtigter aufgrund einer vom Erblasser über den Tod hinaus erteilten Vollmacht handelt und keine Voreintragung der Erben zu erfolgen hat (§ 40 GBO) (Meikel/Böttcher, § 35 Rn. 28; Hügel/Wilsch, GBO, 4. Aufl. 2020, § 35 Rn. 80). Eine solche Vollmacht unter Lebenden genügt grundsätzlich für den Grundbuchverkehr, vorausgesetzt das Formerfordernis des § 29 GBO ist gewahrt (KG JFG 12, 276; Ivo, ZErB 2006, 7, 9 ff.; Meikel/Krause, § 35 Rn. 28; Hügel/Wilsch, § 35 Rn. 80). Vergleichbar ist die Rechtslage im Falle der Anordnung der Testamentsvollstreckung. **Der separate Nachweis der Erbfolge braucht auch durch den Testamentsvollstrecker nur dann geführt werden, wenn der Erbe (trotz angeordneter Testamentsvollstreckung) im Grundbuch eingetragen werden soll oder aus anderem Grund (z. B. Erbenzustimmung) die Erbenstellung nachgewiesen werden muss** (Volmer, § 35 GBO Rn. 12 m. w. N.; Meikel/Böttcher, § 35 Rn. 189 m. w. N.).

Diese Überlegungen dürften u. E. grundsätzlich auch auf den **Nachlassinsolvenzverwalter übertragbar sein**. Entscheidend dürfte auch in diesem Fall die Stellung des Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes sein (durch Vorlage einer gerichtlichen Bestätigung aus §§ 80, 56 Abs. 2 InsO) (BeckOK-GBO/Wilsch, 41. Ed. Std.: 1.02.2021, § 35 Rn. 190) und die Zugehörigkeit des in Rede stehenden Grundbesitzes zum Nachlass bzw. zu dem vom Insolvenzverfahren erfassten Vermögen des Gemeinschuldners, das der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Nachlassinsolvenzverwalters unterliegt, nachzuweisen. Ein zusätzlicher Erbennachweis dürfte in dieser Konstellation hingegen entbehrlich sein.

Dies kann letztlich auch mit dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO begründet werden. Denn § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO soll den Grundbuchverkehr gerade auch in dem Fall sicherstellen, dass die Erben unbekannt sind. § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO ist dabei weiter gefasst als § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO, der nur die Eintragung der Übertragung oder der Aufhebung eines Rechts erfasst (§ 40 Abs. 1 Var. 2 GBO erfasst hingegen jede Bewilligung). Würde man nun – trotz der Entbehrlichkeit der Voreintragung des Erben bzgl. der Bewilligung der Eigentumsumschreibung – über § 20 GBO doch wieder den Erbennachweis fordern, führte dies letztlich dazu, dass der Grundbuchvollzug im Falle unbekannter Erben – entgegen der Intention des § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO – verhindert würde.