

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

16. Jahrgang  
September 2008  
ISSN 1434-3460

17/2008

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO § 313 – Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren bei Vorhandensein absonderungsberechtigter Gläubiger; Zustimmung dieser Gläubiger und des Insolvenzschuldners

BGB §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2, 107, 2147, 2174; GBO §§ 29, 31 – Vermächtniserfüllung durch Übereignung von Wohnungseigentum von der Großmutter an minderjährige Enkelkinder; Bestellung von Ergänzungspflegern; Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

BGB § 826; GmbHG § 13 Abs. 2 – Keine Existenzvernichtungshaftung im Falle materieller Unterkapitalisierung; „GAMMA“

BGB §§ 164, 171, 172; GBO § 29 – Unzulässigkeit einer Angestelltenvollmacht auf die „jeweiligen Angestellten des Notars“

GBO § 29; BGB § 172; BeurkG § 47 – Im Grundbuchverfahren kein Nachweis des Fortbestandes der Vollmacht durch die einem anderen (hier: einem anderen Bevollmächtigten) erteilte Ausfertigung

### Aktuelles

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### InsO § 313

#### Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren bei Vorhandensein absonderungsberechtigter Gläubiger; Zustimmung dieser Gläubiger und des Insolvenzschuldners

##### I. Sachverhalt/Fragestellung

Es geht um den Umfang der Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 313 Abs. 3 InsO, wenn der Treuhänder ein zur Insolvenzmasse des Schuldners gehörendes und mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück veräußern will. Fraglich ist, ob wegen § 313 Abs. 3 InsO die Grundpfandrechtsgläubiger und/oder der Gemeinschaftschuldner dieser Veräußerung zustimmen muss.

##### 1. Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Verbraucherinsolvenzverfahren auf den Treuhänder

Nach § 304 Abs. 1 S. 1 InsO gelten im Verbraucherinsolvenzverfahren grundsätzlich die **allgemeinen Vorschriften** der InsO, soweit in den §§ 304 ff. InsO nichts anderes bestimmt wird. Mangels anderweitiger Regelungen geht deshalb mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach § 80 InsO auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf

den Insolvenzverwalter über. Allerdings gibt es im Verbraucherinsolvenzverfahren keinen Insolvenzverwalter im eigentlichen Sinn. Nach § 313 Abs. 1 S. 1 InsO werden dessen Aufgaben vielmehr vom **Treuhänder** wahrgenommen. Von daher geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verbrauchers grundsätzlich auch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen des Gemeinschaftschuldners auf den Treuhänder über. Dies gilt insbesondere auch für den Grundbesitz des Gemeinschaftschuldners und zwar auch dann, wenn dieser Grundbesitz des Gemeinschaftschuldners mit Grundpfandrechten belastet ist. Insoweit ist der Treuhänder auch berechtigt, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen nach § 159 InsO zu verwerten.

##### 2. Eingeschränkte Verwertungsbefugnis des Treuhänders nach § 313 Abs. 3 InsO

Im Verbraucherinsolvenzverfahren besteht allerdings die **Besonderheit**, dass der Treuhänder gem. § 313 Abs. 3 S. 1 InsO nicht zur Verwertung von Gegenständen berechtigt ist, an denen Pfandrechte oder andere Absonderungsrechte bestehen, soweit nicht das Verfahren des § 173 Abs. 2 InsO eingehalten wird.

##### 3. Keine Einschränkung bei der Verwertung unbelasteten Vermögens

Nicht erfasst wird von dieser Bestimmung zunächst die **freihändige Veräußerung von unbelasteten Vermögenswerten** des Schuldners. Diese kann der Treuhänder unein-

geschränkt aufgrund seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verwerten (Kübler/Prütting/Wenzel, InsO, Stand Jan. 2008, § 313 Rn. 3b; Hintzen, ZInsO 2003, 586, 587).

#### 4. Verwertung belasteten Vermögens im Verbraucherinsolvenzverfahren

**Umstritten** ist in Rechtsprechung und Literatur, ob wegen § 313 Abs. 3 InsO das Recht des Treuhänders zu einer freihändigen Veräußerung von mit Grundpfandrechten belastetem Grundbesitz des Gemeinschuldners außerhalb des Verfahrens des § 173 Abs. 2 InsO insgesamt ausgeschlossen ist oder ob eine freihändige Veräußerung etwa durch die Grundpfandrechtsgläubiger oder den Gemeinschuldner selbst möglich ist.

##### a) Keine Zuständigkeit des Schuldners

**Ausgeschlossen** ist ebenso zunächst eine freihändige **Veräußerung durch den Schuldner selbst**. Dieses scheitert (offensichtlich) an seiner fehlenden Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Diese ist nach §§ 304 Abs. 1 S. 1, 313 Abs. 1 S. 1 InsO auf den Treuhänder übergegangen. Anders ist die Rechtslage freilich im Falle der **Freigabe**. Hier kann der Schuldner dann selbst über den freigegebenen Vermögensgegenstand verfügen (Hintzen, ZInsO 2003, 586 f.).

##### b) Keine freihändige Veräußerung durch die Gläubiger

Ausgeschlossen ist eine freihändige Veräußerung durch die Grundpfandrechtsgläubiger. Das **LG Hamburg** hat diese Ansicht in einer älteren Entscheidung zwar vertreten (NZI 1999, 504 = Rpfleger 2000, 37). Diese Entscheidung ist jedoch allseitig auf Ablehnung gestoßen (LG Kiel Rpfleger 2004, 730, 732; Heidelberger Kommentar zur InsO/Landfermann, 4. Auflage 2005, § 313 Rn. 14; MünchKomm-InsO/Ott, § 313 Rn. 17; Hamburger Kommentar zur InsO/Nies, 2. Auflage 2007, § 313, Rn. 8; Kübler/Prütting/Wenzel, InsO, Stand Jan. 2008, § 313 Rn. 3b; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 12. Auflage 2003, § 313 Rn. 105; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, 101 f.). § 313 Abs. 3 InsO gewährt allein ein Recht zur Verwertung, wie es dem absonderungsberechtigten Gläubiger außerhalb der Insolvenz zustehen würde. Dies ist die Zwangsversteigerung. § 313 Abs. 3 InsO erweitert jedoch nicht die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger (Kübler/Prütting/Wenzel, InsO, § 313 Rn. 3b; Uhlenbruck/Vallender, InsO, § 313 Rn. 105; MünchKomm-InsO/Ott, § 313 Rn. 17; Alff Rpfleger 2000, 37, 38; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 101 f.).

##### c) Zuständigkeit des Treuhänders nur nach erfolgloser Aufforderung der Gläubiger

Nach einer Ansicht ist eine freihändige Veräußerung von belastetem Grundbesitz dem Treuhänder nur dann gestattet, wenn er **zunächst die Gläubiger gem. § 173 Abs. 2 InsO erfolglos aufgefordert** hat (AG Potsdam ZInsO 2000, 234, 235; Uhlenbruck/Vallender, § 313 Rn. 106; Kübler/Prütting/Wenzel, InsO, § 313 Rn. 3b; Hintzen, ZInsO 2003, 586).

##### d) Neuere Ansicht: § 313 Abs. 3 InsO hindert nur die Verwertung, nicht die freihändige Veräußerung

Eine im Vordringen befindliche Ansicht geht jedoch davon aus, dass § 313 Abs. 3 InsO dem Treuhänder das Recht zur freihändigen Veräußerung nicht nimmt. Nur an der „**Verwertung**“ i.S.d. Einleitung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung soll er gehindert sein (Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 97 ff., 205; Kessler, ZinsO 2006, 1029; ders. MittBayNot 2007, 22;

Alff, Rpfleger 2000, 37, 38; Heidelberger Kommentar zur InsO/Landfermann, § 313 Rn. 17).

#### 5. Zulässigkeit der freihändigen Veräußerung durch den Treuhänder

U. E. ist der zuletzt genannten Ansicht zu folgen. Sie entspricht zum einen dem Wortlaut des § 313 InsO, der nur eine „**Verwertung**“ verbietet. Zum andern wird sie u. E. am besten dem Grundsatz der **par conditio creditorum** gerecht. Dies zeigt sich schon in dem einfachen Beispielfall, dass ein wertvolles Grundstück des Schuldners nur mit einem Grundpfandrecht in geringer Höhe belastet ist. Soll hier der Mehrwert für die Insolvenzmasse realisiert werden, müsste nach dem Wortlaut des § 313 Abs. 3 InsO zunächst eine Aufforderung an die Gläubiger erfolgen (Kessler, ZinsO 2006, 1029, 1031). Da § 313 Abs. 3 InsO den Gläubigern das Verwertungsrecht zubilligt, eine Verwertung durch die Gläubiger aber nur im Wege der Zwangsvollstreckung zulässig ist, wäre weiter zu besorgen, dass – wie regelmäßig – in der Zwangsversteigerung nur ein geringerer Verwertungserlös erzielt wird als im Wege der freihändigen Veräußerung.

##### a) § 313 Abs. 3 InsO wirkt nur im Innenverhältnis

Eine solche freihändige Veräußerung ist aber zulässig, wenn man davon ausgeht, dass § 313 Abs. 3 InsO nur die Verwertungsbefugnis des Treuhänders im **Innenverhältnis** eingeschränkt, während im Außenverhältnis dem Treuhänder sämtliche Befugnisse des „normalen“ Insolvenzverwalters nach §§ 80, 81 InsO uneingeschränkt zustehen (Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, 97 – 101, 205).

So formuliert beispielsweise das **LG Kiel** (Rpfleger 2004, 730, 732), § 313 Abs. 3 InsO nehme dem Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren allein das „**Verwertungsrecht**“, **nicht aber die „Verfügungsbefugnis“**. Schon hieraus erhellt sich, dass für den Grundbuchvollzug („Außenverhältnis“) eine Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger zur Verwertung durch den Treuhänder nicht erforderlich ist. Erst recht nicht ist diese Zustimmung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.

##### b) § 313 Abs. 3 InsO schränkt nur die zwangsweise „Verwertung“ i.S.d. §§ 165 ff. InsO ein

Als weiteres Argument spricht für diese Auffassung, dass § 313 Abs. 3 InsO zunächst nur an eine „**Verwertung**“ im Sinne der §§ 165 ff. InsO durch den Treuhänder anknüpft. Die Möglichkeit einer **freihändigen Veräußerung** soll dadurch aber gerade nicht ausgeschlossen werden (Hintzen, ZinsO 2000, 586, 587; Kessler, MittBayNot 2007, 22).

##### c) Gläubiger können auf ihr Verwertungsrecht verzichten

Weiter ist festzustellen, dass § 313 Abs. 3 InsO nicht zwingend ist, sondern die Gläubiger vielmehr auf die Anwendung dieser Vorschrift verzichten können (Nerlich/Römermann, InsO, § 313 Rn. 15). Haben die absonderungsberechtigten Grundpfandrechtsgläubiger **Löschungsbewilligungen** für die zu ihren Gunsten eingetragenen Grundpfandrechte erteilt, wird damit zum einen die lastenfreie Veräußerung gewährleistet (ähnlich Alff, Rpfleger 2000, 37, 38; Nerlich/Römermann, InsO, § 313 Rn. 15). Zum anderen erklären damit die absonderungsberechtigten Gläubiger ihr **Einverständnis zur freihändigen Verwertung**, ohne dass das förmliche Verfahren des § 313 Abs. 3 S. 3 InsO i. V. m. § 173 Abs. 2 InsO beachtet werden muss

(Pape/Sietz, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. 2007, § 16 Rn. 76; Hamburger Kommentar zur InsO/Nies, § 313, Rn. 8).

Selbst wenn man der Ansicht sein sollte, § 313 Abs. 3 S. 1 InsO schränke die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Treuhänders im Außenverhältnis ein, so könnte in einer solchen Löschungsbewilligung der absonderungsberechtigten Gläubiger gleichzeitig auch deren **konkludente Zustimmungserklärung zur Veräußerung** durch den Treuhänder erkannt werden. Die Abgabe der Löschungsbewilligung durch die absonderungsberechtigten Gläubiger würde keinen Sinn machen, wenn eine Veräußerung durch den Treuhänder an § 313 Abs. 3 S. 1 InsO scheitern würde. Hier eine zusätzliche Zustimmung der absonderungsberechtigten Gläubiger neben ihrer Löschungsbewilligung zu verlangen, würde nach unserer Auffassung eine bloße Förmerei darstellen und wäre daher auch mit der Annahme, § 313 Abs. 3 S. 1 InsO gelte auch im Außenverhältnis, nicht zu rechtfertigen.

Da die Löschungsbewilligung bereits der Form des § 29 GBO entsprechen muss, erfüllt die darin konkludent enthaltene Zustimmung letztlich auch das Formgebot des § 29 GBO.

## 6. Zwischenergebnis

Damit ist festzustellen, dass eine **Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger** zur Veräußerung von mit Grundpfandrechten belastetem Grundbesitz durch den Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren des Grundstückseigentümers **im Außenverhältnis nicht erforderlich** ist und daher auch nicht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden muss. Selbst wenn man aber dem § 313 Abs. 3 S. 1 InsO eine solche Außenwirkung beimessen wollte, so ist eine Zustimmungserklärung der absonderungsberechtigten Gläubiger zur Veräußerung durch den Treuhänder letztlich in der von ihnen formgerecht abgegebenen Löschungsbewilligung für die zu ihren Gunsten eingetragenen Grundpfandrechte zu erkennen.

## 7. Keine Zustimmung des Schuldners im Außenverhältnis

„Erst recht“ nicht erforderlich ist eine Zustimmung des Gemeinschuldners zu einer freihändigen Veräußerung durch den Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren. Maßgeblich ist, dass auch im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 80 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Treuhänder übergeht. Im Verbraucherinsolvenzverfahren werden nach § 313 Abs. 1 S. 1 InsO die Aufgaben des Insolvenzverwalters vom Treuhänder wahrgenommen. Im normalen Insolvenzverfahren ist aber offenbar, dass für eine freihändige Verwertung der Insolvenzmasse eine Zustimmung des Schuldners nicht erforderlich ist. Gleiches gilt dann auch im Verbraucherinsolvenzverfahren.

## 8. Zustimmung des Schuldners im Innenverhältnis

Allenfalls könnte man darüber nachdenken, eine solche Zustimmung des Schuldners lediglich im Innenverhältnis zu verlangen, um damit etwa mögliche Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter nach § 60 InsO zu vermeiden. Im Außenverhältnis spielt eine solche Zustimmung jedoch keine Rolle. Entscheidend ist, dass der Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 80 InsO verwaltungs- und Verfügungsbefugt ist und insofern also keinerlei Mitwirkung des Schuldners bedarf.

## BGB §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2, 107, 2147, 2174; GBO §§ 29, 31

### Vermächtniserfüllung durch Übereignung von Wohnungseigentum von der Großmutter an minderjährige Enkelkinder; Bestellung von Ergänzungspflegern; Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

#### I. Sachverhalt

Der Erblasser (Großvater) hat in einem eigenhändigen Testament seine Ehefrau (Großmutter) als Alleinerbin eingesetzt. Den minderjährigen Enkelkindern hat er mehrere Wohnungs- und Teileigentumseinheiten vermacht. Das Testament wurde nach dem Tod des Erblassers vom Nachlassgericht eröffnet und der Alleinerbin ein Erbschein erteilt.

Zur Erfüllung der Vermächtnisse übertrug die Alleinerbin (Großmutter) an ihre Enkelkinder, diese vertreten durch ihre jeweiligen Eltern, die vermachten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten. Das Grundbuchamt hält die Bestellung von Ergänzungspflegern für erforderlich.

#### II. Fragen

1. Ist die Bestellung von Ergänzungspflegern für eine vermächtnisweise Übertragung von Großeltern an minderjährige Enkelkinder erforderlich oder können die Eltern ihre Kinder insoweit gegenüber den Großeltern vertreten?
2. Kann im Grundbuchverfahren der Nachweis der Vermächtniserfüllung ggf. auch durch ein eigenhändiges Testament geführt werden oder ist dies ausgeschlossen, da § 29 GBO einen Nachweis durch öffentliche Urkunde verlangt?
3. Hat das Beschwerdegericht bei gleichlautenden Entscheidungsfragen eine einheitliche Entscheidung zu treffen – oder ist für die unterschiedlichen Beteiligten bzw. sogar für jeden Vertrag eine getrennte Entscheidung zulässig (mit entsprechender Erhöhung der Gerichtskosten)?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erfordernis der Bestellung von Ergänzungspflegern

Vorliegend wurden die minderjährigen Kinder durch ihre jeweiligen Eltern vertreten. Vertragspartner war die Großmutter der Kinder. Nach § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB können die Eltern das Kind insoweit nicht vertreten, als ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann der Vormund (und damit auch die Eltern) den Mündel bzw. das Kind nicht vertreten bei einem Rechtsgeschäft zwischen einem Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel oder Kind andererseits, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Hier lag hinsichtlich eines Elternteils ein Rechtsgeschäft mit einem Verwandten in gerader Linie vor; damit war dieser Elternteil von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand eingriff.

##### a) Lediglich rechtlicher Vorteil

Ungeschriebener Ausnahmetatbestand zu § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB (ebenso wie für Insichgeschäfte nach § 181 BGB) ist ein **rechtlich lediglich vorteilhaftes Rechtsgeschäft**. Hier erhalten die Minderjährigen unentgeltlich ein Wohnungseigentum übertragen.

### aa) Eintritt in den Verwaltervertrag

Überwiegend wird jedoch auch die schenkweise Übereignung von **Wohnungseigentum** als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen – bisher mit der Begründung, dass der Erwerber damit in den **Verwaltervertrag eintritt** und so Zahlungspflichten unterliegt (OLG Celle NJW 1976, 2214; BayObLGZ 1979, 243, 248 = MittBayNot 1979, 150 = NJW 1981, 144; OLG Hamm DNotI-Report 2000, 131 = FGPrax 2000, 176 = MittBayNot 2000, 429 = MittRhNotK 2000, 336 = NJW-RR 2000, 1611 = Rpfleger 2000, 449; BayObLG DNotI-Report 2003, 183 = DNotZ 2004, 378 = MittBayNot 2004, 201 = NJW-RR 2004, 810 = NotBZ 2003, 473 = Rpfleger 2004, 93 = ZfIR 2004, 428 = ZNotP 2004, 25; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, BGB, 67. Aufl. 2008, § 107 BGB Rn. 4; MünchKomm/J. Schmitt, BGB, 5. Aufl. 2006, § 107 BGB Rn. 48; Staudinger/Knothe, BGB, 2004, § 107 BGB Rn. 13).

Diese Argumentation erscheint uns nach Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 6 WEG; BGHZ 163, 154 = DNotI-Report 2005, 158 = DNotZ 2005, 776 = NJW 2005, 2061) so nicht mehr schlüssig. Denn Vertragspartei des Verwaltervertrages ist nunmehr die Wohnungseigentümergeinschaft als solche, nicht die einzelnen Wohnungseigentümer (OLG Düsseldorf WE 2007, 225 = ZMR 2007, 287; OLG Düsseldorf NJW 2007, 161 = NZM 2007, 137 = ZMR 2007, 56; OLG Hamm NZM 2006, 632; Abramenko, ZMR 2006, 6, 8; Wenzel, ZWE 2006, 462, 464; Hügel, in: Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 3 Rn. 47; Jennißen, WEG, 2008, § 26 WEG Rn. 62; Scheel, in: Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 2. Aufl. 2007, Teil 9 Rn. 128; Nidenführ, in: Nidenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl. 2007, § 26 Rn. 1; a. A. – zwei Verträge nebeneinander: Armbrüster, ZWE 2006, 470, 475).

Damit besteht eine Haftung des einzelnen Wohnungseigentümers nicht mehr aufgrund Eintritts in den Verwaltervertrag, sondern lediglich indirekt aufgrund seiner Verpflichtung zur Zahlung von Wohngeld (§ 16 Abs. 2 WEG). Die gesetzlichen Verpflichtungen der Wohnungseigentümer untereinander bzw. gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft haben Rechtsprechung und Literatur aber bisher nicht als rechtlich nachteilig i. S. der §§ 107, 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB verstanden (vgl. statt aller Staudinger/Knothe, § 107 BGB Rn. 13).

### bb) Verschärfung der Gemeinschaftsordnung gegenüber der gesetzlichen Regelung

Ein anderer Ansatz findet sich in den Entscheidungen des BGH. Dieser sah einen rechtlichen Nachteil (aufgrund dessen ein Ergänzungspfleger zu bestellen sei), dass die den Eigentümer als solchen treffenden persönlichen Verpflichtungen der Vereinbarung gem. §§ 5 Abs. 4, 8 Abs. 2, 10 Abs. 2 WEG gegenüber der gesetzlichen Regelung im WEG **nicht unerheblich verschärft** sind (BGHZ 78, 28, 32 = DNotZ 1981, 111 = MittBayNot 1980, 194 = NJW 1981, 109 = Rpfleger 1980, 463; BayObLG DNotZ 1998, 505 = FGPrax 1998, 21 = MittBayNot 1998, 38 = Rpfleger 1998, 70 = ZNotP 1997, 113; zustimmend die Literatur). Beispiel für eine solche verschärfte Haftung wäre etwa eine vom Gesetz abweichende Verpflichtung zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes (BGHZ 78, 28, 32 = a. a. O.; BayObLG DNotZ 1998, 505, 506 f. = a. a. O.).

Inwieweit dies im vorliegenden Sachverhalt zutrifft, kann nur bei Prüfung der jeweiligen Gemeinschaftsordnung festgestellt werden.

### cc) OLG München: Übertragung von Wohnungseigentum nie nur rechtlich vorteilhaft

Nach einer neuen Entscheidung des OLG München soll jedoch der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen über siebenjährigen Minderjährigen auch dann, wenn ein Verwalter nicht bestellt und eine Verschärfung der den Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen durch die Gemeinschaftsordnung nicht feststellbar ist, **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** sein, so dass für das dingliche Rechtsgeschäft die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder eines Ergänzungspflegers notwendig sei (OLG München NJW-Spezial 2008, 291 und 360 = NotBZ 2008, 161 = OLG-Report 2008, 397 = RNotZ 2008, 346 = Rpfleger 2008, 416 = ZEV 2008, 246).

Das OLG München begründet dies zum einen mit der akzessorischen und anteiligen, aber im Außenverhältnis unbeschränkbar Haftung jedes Wohnungseigentümers für Schulden der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 8 WEG), die der Haftung des Gesellschafters einer Handelsgesellschaft nach §§ 128, 129 HGB rechtlich ähnlich sei, zum anderen mit der Bindungswirkung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer gegen Sonderrechtsnachfolger nach § 10 Abs. 4 WEG.

Richtig daran ist, dass das Wohnungseigentum zuerst durch die BGH-Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und dann durch die WEG-Reform stärker gesellschaftsrechtliche Züge als früher hat. Ob dies aber so weit geht, den Erwerb von Wohnungseigentum als grundsätzlich nicht nur rechtlich vorteilhaft zu charakterisieren – und damit ganz anders als Grundstückseigentum zu behandeln – ist doch fraglich. Im Einzelfall mögen die Beschränkungen den Wert des Wohnungseigentums etwas vermindern, aber doch kaum je ganz aufheben.

### dd) Zwischenergebnis

Nach der bisherigen Rechtsprechung wäre die Übereignung rechtlich nur vorteilhaft und bedürfte keines Ergänzungspflegers, sofern die Gemeinschaftsordnung der jeweiligen Wohnungseigentumsanlage die Pflichten der Wohnungseigentümer gegenüber der gesetzlichen Regelung nicht oder nur unwesentlich verschärft. Nach der neueren Rechtsprechung des OLG München wäre hingegen der Erwerb von Wohnungseigentum nie nur rechtlich vorteilhaft.

### b) Erfüllung einer Verbindlichkeit

Ebenso wäre die Bestellung eines Ergänzungspflegers unnötig, wenn „das Rechtsgeschäft ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht“ (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 a. E. BGB).

Nach einer Entscheidung des BayObLG v. 8.4.2004 zählt dazu ausdrücklich der Fall, dass den Kindern ein Wohnungseigentum vermacht ist und in Erfüllung des Vermächtnisses die Auflassung erklärt wird; dann sei nicht zu prüfen, ob die Erfüllung bzw. das Vermächtnis für die Kinder als solches nur rechtlich vorteilhaft sei (**BayObLG DNotZ 2004, 925** = NotBZ 2004, 280 = RNotZ 2004, 328 = Rpfleger 2004, 564 = ZNotP 2004, 446). Die Entscheidung als solche fanden wir in den Kommentierungen zu § 1795 BGB noch nicht zitiert, da die meisten Kommentierungen seit 2004 noch nicht in Neuauflage erschienen sind.

Der entscheidende Punkt in dem Beschluss des BayObLG ist, dass es sich nicht um eine Verbindlichkeit des Mündels/Kindes/Vertretenen gegenüber dem anderen Beteiligten/Vertreter handeln muss (so etwa der Fall in BayObLG DNotZ

1983, 176 = MittBayNot 1982, 188 = Rpfleger 1982, 344), sondern dass auch umgekehrt eine **Verbindlichkeit gegenüber dem Mündel/Kind/Vertretenen** ohne Verstoß gegen §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfüllt werden kann. Dies war in den Kommentierungen zu § 181 BGB bereits vor bzw. unabhängig von der Entscheidung des BayObLG anerkannt (Erman/Palm, BGB, 12. Aufl. 2008, § 181 BGB Rn. 27; Habermeier, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2007, § 181 BGB Rn. 38; MünchKomm/Schramm, BGB, 5. Aufl. 2006, § 181 BGB Rn. 56; Palandt/Heinrichs, § 181 BGB Rn. 22; Staudinger/Schilken, BGB, 2003, § 161 BGB Rn. 61).

Lediglich *Schramm* schränkt dies bei einer Schenkung des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen dahingehend ein, dass die Erfüllung für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sein muss, so dass er die schenkweise Übereignung von Wohnungseigentum ebenfalls ausdrücklich ausschließt (MünchKomm/Schramm, § 181 BGB Rn. 56). Damit vermeidet er den Widerspruch der h.M., die die Vermächtniserfüllung ohne Ergänzungspfleger zulässt, obwohl der Großvater seinen Enkeln die Wohnung zu Lebzeiten u. U. (vgl. oben 1a) nur unter Mitwirkung eines Ergänzungspflegers hätte schenken können.

### c) Zwischenergebnis

Nach der zitierten Entscheidung des BayObLG aus dem Jahr 2004 sowie den ganz überwiegenden Kommentierungen zu § 181 BGB wäre daher die Bestellung eines Ergänzungspflegers jedenfalls unter dem Gesichtspunkt entbehrlich, dass die Übereignung in **Erfüllung einer testamentarischen Verbindlichkeit** erfolgt.

## 2. Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

### a) Lediglich rechtlicher Vorteil bei Übereignung von Wohnungseigentum

Kein Problem stellt die Nachweisform des § 29 GBO dar, soweit die Genehmigungsfreiheit bei der Übereignung von Wohnungseigentum darauf beruht, dass die Gemeinschaftsordnung keine zum Nachteil der Wohnungseigentümer vom Gesetz wesentlich abweichenden Verpflichtungen enthält. Denn die durch Bezugnahme im jeweiligen Wohnungsgrundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung ist beim betreffenden Grundbuchamt gerichtskundig.

Darüber hinaus dürfte man wohl einen Erfahrungssatz anerkennen, dass die Wohnungseigentümer grundsätzlich keine nicht in das Grundbuch eingetragenen weiteren Vereinbarungen abgeschlossen haben. Aber selbst wenn dies im konkreten Fall anders wäre, würden derartige weitere schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Wohnungseigentümern nach § 10 Abs. 3 WEG gegen die Vermächtnisnehmer nur wirken, wenn sie in das Grundbuch eingetragen sind; deshalb wären weitere schuldrechtliche Vereinbarungen für die Beurteilung des rechtlichen Vorteils irrelevant. (Demgegenüber hatte allerdings das OLG München in seiner bereits erwähnten Entscheidung, NotBZ 2008, 161 = RNotZ 2008, 346 = a. a. O., die Bindungswirkung von Beschlüssen der Wohnungseigentümergeinschaft ebenfalls als Gegenargument angeführt, dass der Erwerb rechtlich nicht nur vorteilhaft sei.)

### b) Nachweis der Erfüllung eines testamentarischen Vermächtnisses durch eigenhändiges Testament

Ist dem Grundbuchamt gegenüber die Entgeltlichkeit der Verfügung eines befreiten Vorerben oder eines Testamentsvollstreckers zum Nachweis von deren Verfügungsbefugnis nachzuweisen und beruht die Entgeltlichkeit darauf, dass

mit der Verfügung ein vom Erblasser angeordnetes Vermächtnis erfüllt wird, so genügt nach herrschender, wenn auch umstrittener Auffassung hierfür auch ein **eigenhändiges**, d. h. nicht zu öffentlicher Urkunde errichtetes **Testament** (OLG Celle NdsRpfl 2005, 38 = OLG Report 2004, 488 = RNotZ 2005, 365 = ZfIR 2005, 35; OLG Karlsruhe BWNotZ 2005, 146 = FamRZ 2005, 2098 = FGPrax 2005, 219 = NJW-RR 2005, 1097 = OLG Report 2005, 798 = Rpfleger 2005, 598; ähnlich: Demharter, GBO, 26. Aufl. 2008, § 29 GBO Rn. 64; Hügel/Otto, GBO, 2007, § 29 GBO Rn. 41; Knothe, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 GBO Rn. 161; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3449; offen gelassen wurde die Frage hingegen von BayObLGZ 2001, 118 = DNotZ 2001, 808 = FamRZ 2002, 135 = MittBayNot 2001, 403 = NJW-RR 2001, 1662 = NotBZ 2001, 303 = Rpfleger 2001, 408; Meikel/Brambring, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 29 GBO Rn. 301 Fn. 400).

Denn hier sind alle Voraussetzungen für eine **Beweisnot** gegeben, in der in Abweichung von § 29 GBO auch ein Nachweis ohne öffentliche Urkunden durch andere Beweismittel zulässig ist:

- Es handelt sich nicht um den Nachweis einer Erklärung der Beteiligten (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO), sondern um den Nachweis einer sonstigen Eintragungsvoraussetzung (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO).
- Ein Nachweis durch öffentliche Urkunden ist unmöglich, so dass sich der Antragsteller sonst in Beweisnot befindet.

Vorliegend gibt es zwar einen **Erbschein** (§ 35 GBO). Ein Erbschein weist aber keine Vermächtnisse aus. Vorliegend kann auch keine Bewilligung den Nachweis der Entgeltlichkeit ersetzen. Auch eine Erklärung des Erblassers kann nicht mehr beigebracht oder testamentarische Verfügungen zu öffentlicher Urkunde wiederholt werden, da der Erblasser verstorben ist.

Die einzige möglicherweise von den Beteiligten vorzulegende Urkunde wäre ein Beschluss des Familiengerichts, wonach die Bestellung eines Ergänzungspflegers abgelehnt wird, da ein solcher nicht erforderlich sei, weil es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Ein solches rechtliches „**Negativattest**“ würde das Grundbuchamt aber nicht binden, da das Grundbuchamt die Frage der Vertretungsbefugnis der Eltern eigenverantwortlich zu prüfen hat (OLG Köln OLG Report 2003, 290 = RNotZ 2003, 515 = Rpfleger 2003, 570, 572 = ZMR 2004, 189; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 174 = NZG 1999, 717 = OLG-Report 1999, 389). Allerdings begründet ein derartiges gerichtliches Negativattest eine tatsächliche Vermutung für die Genehmigungsfreiheit (OLG Hamm OLGZ 1991, 131 = FamRZ 1991, 605 = MDR 1991, 251 = Rpfleger 1991, 56). Da das gerichtliche Negativattest das Grundbuchamt nicht bindet, kann das Grundbuchamt auch das Negativattest nicht verlangen.

### 3. Ergebnis

Die Eltern können ihre minderjährigen Kinder bei der Übereignung des Wohnungseigentums durch die Großmutter an die Kinder vertreten. Nach h. M. bedarf es keines Ergänzungspflegers, da die Übereignung in Erfüllung eines Vermächtnisses erfolgt. Dies kann dem Grundbuchamt auch durch ein eigenhändiges Testament (samt Eröffnungsniederschrift) nachgewiesen werden, wenn das Vermächtnis auf dem eigenhändigen Testament beruht.

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotf-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BGB § 2295**  
**Lösungsmöglichkeit des Bedachten vom Verpfändungsvertrag (entgeltlicher Erbvertrag mit Pflege- und Versorgungsvertrag)**  
Fax-Abruf-Nr.: **12157**

**BGB §§ 1018, 242**  
**Anspruch auf Übernahme einer Baulast bei bereits bestehender Grunddienstbarkeit in Schleswig-Holstein**  
Fax-Abruf-Nr.: **11529**

**GBO § 29; BeurkG §§ 39, 40**  
**Unterschriftsbeglaubigung in Italien**  
Fax-Abruf-Nr.: **11530**

**BGB §§ 167, 1896; Art. 35 OR (Schweiz)**  
**Schweiz: Vorsorgevollmacht**  
Fax-Abruf-Nr.: **14314**

**BGB § 181**  
**England: Selbstkontrahieren bei einer Limited Company**  
Fax-Abruf-Nr.: **14315**

## Rechtsprechung

**BGB § 826; GmbHG § 13 Abs. 2**  
**Keine Existenzvernichtungshaftung im Falle materieller Unterkapitalisierung; „GAMMA“**

a) Die als besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung in § 826 BGB einzuordnende Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters setzt einen kompensationslosen „Eingriff“ in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH voraus (BGHZ 173, 246 – TRIHOTEL). Dem steht ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung i. S. einer „Unterkapitalisierung“ der GmbH (hier: einer Gesellschaft für Personalentwicklung und Qualifizierung – sog. BQG) nicht gleich.

b) Für die Statuierung einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen – verschuldensabhängigen oder gar verschuldensunabhängigen – Haftung des Gesellschafters wegen materieller Unterkapitalisierung im Wege höchstgerichtlicher Rechtsfortbildung ist bereits mangels einer im derzeitigen gesetzlichen System des GmbHG bestehenden Gesetzeslücke kein Raum. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen unter diesem Aspekt eine persönliche Haftung des Gesellschafters nach § 826 BGB in Betracht kommt, bleibt offen.

BGH, Urt. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06  
Kz.: L I 1 – § 826 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: **10817**

### Problem

Im Zuge der finanziellen Krise in einer Gesellschaft wurden Arbeitnehmer entlassen. Zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit wurden diese Arbeitnehmer in einer neugegründeten Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (GmbH) angestellt. Die Löhne für die Arbeitnehmer sollten dort vornehmlich durch öffentliche Gelder bezahlt werden; die verbleibenden Zahlungen, sog. Remanenzkosten, sollten von der ursprünglichen Gesellschaft getragen werden. Eine Insolvenzversicherung für diese Kosten erfolgte nicht. Nachdem die Remanenzkosten nicht mehr bezahlt wurden, wurde über das Vermögen der Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter verlangt von ihren Gesellschaftern aus dem Gesichtspunkt der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs bzw. materieller Unterkapitalisierung Zahlung der im Insolvenzverfahren offen gebliebenen Beträge wegen der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer etc.

### Entscheidung

Der BGH bestätigt in dieser Entscheidung zunächst sein neues Haftungskonzept zur Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters, das an eine missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens anknüpft (TRIHOTEL, BGHZ 173, 246 = DNotZ 2008, 213). Rechtsgrundlage für diese Existenzvernichtungshaftung ist allein § 826 BGB. Ein solcher existenzvernichtender Eingriff liegt jedoch nicht in der Unterlassung, die sog. Remanenzkosten gegen eine vorzeitige Insolvenz der Schuldnerin abzusichern. Darüber hinaus besteht nach Ansicht des BGH aber auch keine Veranlassung, die eng begrenzte Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs auf eine sog. „Aschenputtel-Konstellation“ im Falle der materiellen Unterkapitalisierung auszuweiten. Die Existenzvernichtungshaftung soll wie eine das gesetzliche Kapitalerhaltungssystem ergänzende, aber deutlich darüber hinausgehende Entnahmesperre wirken, indem sie die sittenwidrige, weil insolvenzverursachende oder -vertiefende Selbstbedienung des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft durch die repressive Anordnung der Schadensersatzpflicht in Bezug auf das beeinträchtigte Gesellschaftsvermögen im Rahmen einer Innenhaftung ausgleichen soll. Der Fall der materiellen Unterkapitalisierung fällt nicht darunter. Eine solche Haftung wegen unzureichender Kapitalisierung der Gesellschaft ist weder gesetzlich normiert noch durch richterrechtliche Rechtsfortbildung als gesellschaftsrechtlich fundiertes Haftungsinstitut anerkannt. Eine am jeweiligen konkreten Kapitalbedarf orientierte Mindestkapitalausstattung gibt es nicht. Auch die Rechtsprechung des BGH hat bisher einen solchen Haftungsdurchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung nicht allgemein angenommen, sondern eine Haftung der hinter einer juristischen Person stehenden natürlichen Personen nur im Falle der Rechtsmissbräuchlichkeit angenommen (BGHZ 54, 222, 224; BGH ZIP 2008, 364 = DNotZ 2008, 542). In Betracht kommen statt dessen allein Ansprüche aus §§ 826, 830 BGB der Arbeitnehmer der insolventen Gesellschaft selbst. Derartige Ansprüche der Arbeitnehmer könne der Insolvenzverwalter jedoch nicht selbst gegen die Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin geltend machen.

Anders noch als das Berufungsgericht (OLG Düsseldorf ZIP 2007, 227) hat der BGH in der „Gamma-Entscheidung“ dem Haftungskonzept der materiellen Unterkapitalisierung endgültig eine klare Absage erteilt.

**BGB §§ 164, 171, 172; GBO § 29**  
**Unzulässigkeit einer Angestelltenvollmacht auf die „jeweiligen Angestellten des Notars“**

OLG Frankfurt, Beschl. v. 11.10.2007 – 20 W 150/07  
Kz.: L II 3 – § 29 GBO  
Fax-Abruf-Nr.: 10818

**Problem**

Im Rahmen eines notariellen Kaufvertrages haben die Beteiligten „die jeweiligen Angestellten des Notars“ bevollmächtigt, Grundpfandrechte an dem Vertragsgegenstand zu bestellen. Nach Auffassung des Grundbuchamts liege keine wirksame Bevollmächtigung der Notariatsangestellten vor, da diese weder in der Vollmacht namentlich bezeichnet wurden, noch sich ihre Bestimmung aus dem Inhalt der Urkunde ergebe.

**Entscheidung**

Nach Auffassung des OLG Frankfurt findet auf eine Angestelltenvollmacht grundsätzlich nur die Regelung des § 171 BGB, nicht aber § 172 BGB Anwendung, da den Notarangestellten nach dem Willen der Beteiligten keine Vollmachtsurkunde ausgestellt werden soll (ebenso OLG Köln MittRhNotK 1983, 209; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3586; Hügel, GBO, 2007, Einleitung Rn. 112). Aber auch bei einer Vollmachtsmitteilung nach § 171 Abs. 1 BGB muss aus sich heraus der Inhalt der Vollmacht erkennbar sein. Dazu gehört, dass der Vertreter und der Umfang seiner Vollmacht in der Mitteilung so bestimmt bezeichnet sind, dass seine Vertretungsmacht aus ihr ohne Hinzuziehung sonstiger Umstände zu entnehmen ist. Die genaue Bezeichnung des Bevollmächtigten, i. d. R. mit Name und Wohnort, ist dafür unerlässlich (MünchKomm-BGB/Schramm, 5. Aufl. 2006, § 171 Rn. 7; Staudinger/Schilken, BGB (2004), § 171 Rn. 6). Im vorliegenden Fall ergibt sich eine solche eindeutige Identifizierung der Person des Vertreters aber nicht allein aus dem Inhalt der mitgeteilten Vollmacht, jedenfalls nicht für den Vertragsgegner und das Grundbuchamt, die außer dem Notar die Adressaten der Mitteilung sind.

Letztlich hat es das OLG Frankfurt auch abgelehnt, die unzureichende Bezeichnung des Vertreters in der notariellen Urkunde durch Nachreichung einer notariellen Eigenurkunde zu präzisieren. Nach Auffassung des Gerichts muss sich die Person des Vertreters eindeutig bereits aus der Vollmachtsmitteilung selbst ergeben. Die Gestaltung einer Angestelltenvollmacht, in der beispielsweise keine namentliche Bezeichnung der Angestellten enthalten ist, sondern in der der Notar zur Benennung durch Eigenurkunde ermächtigt wird, ist deshalb zum Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht ausreichend.

---

**GBO § 29; BGB § 172; BeurkG § 47**  
**Im Grundbuchverfahren kein Nachweis des Fortbestandes der Vollmacht durch die einem anderen (hier: einem anderen Bevollmächtigten) erteilte Ausfertigung**

**Der Nachweis (fort-) bestehender Vollmacht für einen zu gleicher Urkunde gemeinsam Bevollmächtigten kann im Grundbuchverkehr nicht durch die dem anderen Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung der Vollmachtsurkunde erbracht werden (ebenso Senat vom gleichen Tag, 34 Wx 024/08; Abgrenzung zu OLG Köln Beschluss vom 9.7.2001, 2 Wx 42/01 = Rpfleger 2002, 197).**

OLG München, Beschl. v. 19.5.2008 – 34 Wx 023/08  
Kz.: L II 3 – § 29 GBO  
Fax-Abruf-Nr.: 10819

**Problem**

Bei einem Grundstückskaufvertrag wurde die erwerbende AG durch zwei gemeinschaftlich Unterbevollmächtigte einer bevollmächtigten GmbH vertreten. Zum Nachweis legte einer der Unterbevollmächtigten die diesem erteilte Ausfertigung der Vollmacht der Erwerberin für die GmbH sowie die Untervollmacht vor. Der andere Unterbevollmächtigte legte hingegen eine ihm erteilte Ausfertigung der Untervollmacht der GmbH vor, in der als Hauptvollmachtgeber nicht die Erwerberin, sondern eine andere AG genannt war; ebenfalls legte er eine Ausfertigung der von der anderen AG an die GmbH erteilten Vollmacht vor.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung den fehlenden Vollmachtsnachweis des zweiten Unterbevollmächtigten beanstandet.

**Entscheidung**

Grundsätzlich darf das Grundbuchamt vom Bestehen der Vollmacht ausgehen, wenn eine Vollmachtsurkunde in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt wird und damit belegt ist, dass der Vertreter in ihrem Besitz ist. Gleiches gilt, wenn der Notar bei der Aufnahme einer Erklärung des Vertreters feststellt, dass ihm die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung vorlag. In einem solchen Fall genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht zum Grundbuchamt. Beim Handeln eines Unterbevollmächtigten ist zum Nachweis der Vertretungsberechtigung sowohl die Vorlage der Ausfertigung der Haupt- als auch der Untervollmacht erforderlich.

Im vorliegenden Sachverhalt weist die durch den zweiten Unterbevollmächtigten vorgelegte Hauptvollmacht einen anderen Vollmachtgeber als die erwerbende AG aus; auch die erteilte Untervollmacht verweist nur auf die Hauptvollmacht einer am Grundstücksgeschäft nicht beteiligten Vollmachtgeberin.

Das OLG prüft, ob mittels der für den ersten Unterbevollmächtigten erteilten Ausfertigung auch die fortbestehende Untervollmacht des zweiten Unterbevollmächtigten gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden konnte. Das OLG stellt dabei auf § 172 BGB ab und führt aus, dass dieser tatbestandlich die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde, ihre Aushändigung an den Vertreter und schließlich ihre Vorlegung durch den Vertreter voraussetzt.

Enthält die Ausfertigung der Vollmacht den Namen dessen, für den sie erteilt wurde, sei diese jedoch nicht geeignet, den Besitz einer Vollmacht eines anderen Bevollmächtigten, der namentlich im Ausfertigungsvermerk nicht genannt ist, zu belegen. Dabei lässt das OLG offen, ob die abweichende Ansicht des OLG Köln bei wechselseitigen Bevollmächtigungen zutrifft (OLG Köln Rpfleger 2002, 197 m. ablehnender Anm. Waldner/Mehler; dies. auch MittBayNot 1999, 261; ferner Helms, RNotZ 2002, 235). Die Vorlage der einem Dritten erteilten Vollmacht durch den Handelnden lässt nach Ansicht des OLG München Anhaltspunkte bestehen, dass der Handelnde selbst nie eine Ausfertigung erhalten habe oder sie aber habe zurückgeben müssen. Dies gelte in besonderem Maße für die Bevollmächtigung mehrerer Personen in einer notariellen Vollmachtsurkunde. Werde eine Urkunde von einem anderen als demjenigen, dem sie erteilt wurde, verwendet, so mache dies vielmehr misstrauisch.

Abschließend stützt das OLG München seine Ansicht auch auf einen urkundsrechtlichen Gesichtspunkt. Die Vorschrift des § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG schütze den Vollmachtgeber vor einem denkbaren Missbrauch durch einen Vollmachtnehmer dadurch, dass nicht der Vollmachtnehmer, sondern nur der Vollmachtgeber die Ausfertigung über die Vollmachtsurkunde verlangen kann. Dieser Schutz würde unterlaufen, wenn ein zu gemeinsamer Urkunde Bevollmächtigter den Nachweis des (Fort-)Bestehens seiner Vollmacht auch durch die dem anderen Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung führen könnte.

## Aktuelles

### **BGB §§ 309 Nr. 10, 492, 492a, 496, 498, 1192 und 1193; RisikobegrenzungsG Inkrafttreten von Änderungen im Recht des Verbraucherkredits und im Grundschuldrecht des BGB zum 19.8.2008**

Durch das RisikobegrenzungsG (BGBl. 2008 I, S. 1666) wurden sowohl im Bereich des Verbraucherdarlehensvertragsrechts als auch im Bereich des Grundschuldrechts des BGB Änderungen vorgenommen (Reaktion des Gesetzgebers auf Abtretungen von Kreditportfolios insbes. an ausländische Firmen). Das Gesetz wurde am 18.8.2008 veröffentlicht und trat bezüglich der Änderungen im BGB bereits am 19.8.2008 in Kraft. Für die notarielle Praxis **besonders wichtig** ist § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB n. F.: Hiernach ist (nur) bei Grundschulden zur Sicherung einer Geldforderung die Vereinbarung einer sofortigen Fälligkeit der Grundschuld oder einer Kündigung der Grundschuld mit einer Frist

unter 6 Monaten nicht mehr zulässig (so aber wohl noch die gängigen Grundschuldformulare der Banken und Sparkassen; für das Schuldanerkenntnis gilt diese Regelung u. E. nicht). Diese Vorschrift gilt für alle **Sicherungsgrundschulden**, die „nach dem 19.8.2008 bestellt“ werden (Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB). Vollstreckbare Ausfertigungen der Grundschuld (nicht des Schuldanerkenntnisses) können danach nur noch bei Nachweis der Fälligkeit (Zugang der Kündigung) durch öffentliche Urkunde bzw. wohl auch bei einem vereinbarten Nachweisverzicht erteilt werden.

Weitere Informationen zu diesem Gesetz finden Sie auf [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de). Zu den Auswirkungen dieses Gesetzes auf die notarielle Praxis wird die **BNotK** in Kürze ausführlich in einem **Rundschreiben** Stellung nehmen.

## Literaturhinweise

**K. Muscheler**, Die vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht, ZEV 2008, 213

**J. Pietzcker**, Grundstücksverkäufe, städtebauliche Verträge und Vergaberecht, NZBau 2008, 293

**T. Renner**, Zum „berechtigten Sicherungsinteresse“ bei der Verwahrung – Anmerkung zu OLG Köln, Beschl. v. 1.10.2007 – 2 Wx 30/05, NotBZ 2008, 142

**K. Schmidt**, Die GmbH & Co. KG als Lehrmeisterin des Personengesellschaftsrechts, JZ 2008, 425

**G. Specks**, Zur Haftung des Kommanditisten, insbesondere des Kommanditisten einer GmbH & Co. KG, vor seiner Eintragung im Handelsregister, RNotZ 2008, 143

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de).

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

#### **Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

#### **Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### **Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.  
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

#### **Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

#### **Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### **Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg