

# Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von  
KARLHEINZ MUSCHELER

*Hereditare*

14

---

**Mohr Siebeck**

Hereditare –  
Jahrbuch für Erbrecht  
und Schenkungsrecht

Band 14 (2024)





# Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

herausgegeben von  
Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Manuskripte bitte an:  
Prof. Dr. Katharina Uffmann  
Ruhr-Universität Bochum  
Juristische Fakultät  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht  
der Familienunternehmen  
Universitätsstr. 150  
44801 Bochum  
erbrecht@rub.de

Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei eingereichten Manuskripten um unveröffentlichte Originalbeiträge handelt, die nicht an anderer Stelle zur Verfügung vorgelegt worden sind. Für Verlust oder Schädigung eingesandter Manuskripte übernehmen Herausgeber und Verlag keine Haftung.

Manuskripte können auch per E-mail eingereicht werden. Bei Postsendungen ist eine digitale Version beizulegen.

Zitiervorschlag: *Autor*, *Hereditare* 14 (2024), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-164765-9 / eISBN 978-3-16-164766-6

DOI 10.1628/978-3-16-164766-6

ISSN 2192-3795 / eISSN 2569-4049 (*Hereditare*)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2025 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

# Inhalt

<i>Dr. Hans-Frieder Krauß</i> Aktuelle Probleme an der Schnittstelle Grundbuchrecht/Erbrecht.....	1
<i>Dr. Karsten Lorenz</i> Steuerpflicht, Bewertung und Steuerbefreiung .....	129
<i>Dr. Hubertus Rohlfing</i> Das Grundstücksvermächtnis – Gestaltung & Durchsetzung.....	147
<i>Dr. Gabriele Müller-Engels</i> Die Grundstücksschenkung in § 2287 und § 2325 BGB.....	165
<i>Felix Klocke</i> Diskussionszusammenfassung zu den Vorträgen des 14. Bochumer Erbrechtssymposiums .....	185
Autorenverzeichnis .....	195



**Dr. Hans-Frieder Krauß**

## **Aktuelle Probleme an der Schnittstelle Grundbuchrecht/Erbrecht**

Erbrecht und Grundbuchrecht sind in gewisser Weise wesensverwandt: sie sind beide eher statische Rechtsgebiete, die ihre begrifflich und dogmatisch klare Struktur in den letzten 130 Jahren erfolgreich gegen übermäßigen Reformeifer verteidigen konnten und von europäischen Richtlinienvorgaben verschont blieben. Beide haben sich die Schaffung eindeutiger und rechtssicherer Verhältnisse auf die Fahnen geheftet und sind daher von Formenstrenge, im Grundbuchrecht sogar zusätzlich von einengender Beweismittelbeschränkung (§ 29 GBO), geprägt. Die Rechtspraxis beruht im Grundbuchrecht auf dem Miteinander, manchmal auch Nebeneinander oder gar Gegeneinander, von Notar einerseits und Grundbuchrechtspfleger andererseits. Auch im Nachlassrecht ruht im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Arbeitslast auf den Schultern der Rechtspfleger – die im Zuge ihrer beruflichen Tätigkeit durchaus auch zwischen beiden Einsatzgebieten (Grundbuchamt und Nachlassgericht) wechseln –, während die tatsächliche Gestaltung der letztwilligen Verfügungen und die Bewältigung daraus erwachsender Streitigkeiten wiederum durch Rechtsanwälte und Notare erfolgt.

Nicht überraschend kommt es daher an der Schnittstelle zwischen Erbrecht und Grundbuchrecht zu zahlreichen Fragestellungen, von denen in diesem Beitrag – unter Zugrundelegung des Maßstabs ihrer Praxisbedeutung aus notarieller Sicht – drei Brennpunkte herausgegriffen werden: Abschnitt A (S. 1 bis 67) befasst sich mit der Gesamtrechtsnachfolge in Grundbuchpositionen, blickt also auf die Wege, wie das Erbrecht seinen Eingang in das Grundbuch findet. Im Vordergrund steht dabei zunächst die Frage, inwieweit Erbnachweise bei Verwendung post- bzw. transmortaler Vollmachten entbehrlich sind (Seite 5 bis 22), sodann das Bestreben, zumindest den Erbschein durch grundbuchtauglich formulierte letztwilliger notarieller Verfügungen überflüssig zu machen (Seite 28 bis 38), und schließlich wird – unter anderem – das in der Praxis noch zu wenig bekannte Instrument des Überweisungszeugnisses vorgestellt, das ebenfalls Grundbucheintragungen ohne Erbschein ermöglicht (Seite 44 bis 46). Aus deutscher Sicht gewöhnungsbedürftig ist die Grundbuchberichtigung bei Vindikationslegaten ausländischen Rechts mittels Europäischer Nachlasszeugnisse, Seite 65 bis 67.

Abschnitt B I (Seite 68 bis 88) rückt den Testamentsvollstreckervermerk in den Fokus und prüft unter anderem, auf welche Weise er seinen Weg ins Grundbuch findet und sodann (ab Seite 83), auf welche Weise er wieder gelöscht werden kann.

Abschnitt B II (Seite 88 bis 118) befasst sich mit den Schwierigkeiten, die aus der Beteiligung von Nacherben im Grundbuchprozess (sowohl bei befreiter wie auch bei nicht befreiter Vorerbschaft) erwachsen können, und ihrer möglichen Entbehrlichkeit z.B. im Falle der Erteilung einer transmortalen Generalvollmacht des Erblassers.

Abschnitt C (ab Seite 118) schließlich behandelt mit der Erbteilsübertragung und der dogmatisch noch ungesicherten Abschichtung im Überblick die beiden Varianten der Verfügung über Anteile an einem grundbesitzenden Nachlass aus Sicht des Grundbuchrechtes.

Formulierungsvorschläge, die im jeweiligen Kontext aufgenommen sind, erhöhen die praktische Verwendbarkeit des Beitrags.

## **A. Gesamtrechtsnachfolge in Grundbuchpositionen, Voreintragung**

### **I. Grundsatz**

Der die Eigentumsvormerkung, Auflassung oder Eintragung eines beschränkt dinglichen Rechtes bewilligende Verkäufer muss grds. voreingetragen sein, § 39 GBO. Häufig veräußert er weiter, bevor er seinerseits das Eigentum erworben hat, und mitunter werden beide Verträge bei verschiedenen Notaren beurkundet. In diesem Fall ist insb. sicherzustellen, dass der Vollzugsnotar des Zweitvertrages zuverlässig verständigt wird, sobald aufgrund des Abwicklungsstandes des Erstvertrages (Vorlage der Endvollzugsanträge) die Anträge aus seiner, der zweiten, Urkunde gestellt werden können (i.d.R. gerichtet auf Eintragung der Finanzierungsgrundschulden sowie der Vormerkung). Zwar ist es interkollegialer Usus, beim *Stufenvollzug* aufgrund der erteilten Vollzugsvollmacht auf entsprechende Mitteilungsbite des Nachvollzugsnotars diesem entsprechende Nachricht zu geben, unmittelbar verpflichtet werden sollte hierzu jedoch der Verkäufer, z.B. durch folgenden Textbaustein:

*Muster: Hinweise auf Vorvollzugsschritte bei Stufenabwicklung mehrerer hintereinander geschalteter Verträge*

Den Beteiligten ist bekannt, dass Eintragungen, die dem Vollzug der heutigen Urkunde dienen – auch soweit es sich um Voraussetzungen der Fälligkeit handelt – im Grundbuch erst erfolgen können, wenn der heutige Verkäufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Der Verkäufer hat seine eigene Ein-

tragung in das Grundbuch zügig zu betreiben; mehrere Verkäufer schulden sich die Mitwirkung hieran auch untereinander. Der Verkäufer wird den amtierenden Notar unaufgefordert davon in Kenntnis setzen, sobald er als Eigentümer eingetragen ist, und ihm ggf. die neue Grundbuchstelle mitteilen. Eine eigene Nachforschungspflicht des Notars besteht nicht.

An der *Voreintragung fehlt es häufig*, wenn *Erbfolgen* noch nicht vollzogen sind. Da die Erbengemeinschaft als solche nicht rechtsfähig ist,<sup>1</sup> bedarf es hierzu der namentlichen Eintragung aller Miterben mit den in § 15 Abs. 1 Buchst. a) GBV genannten Angaben, jedoch ohne Nennung der Erbquoten. Im Ausnahmefall kommt auch die Berichtigung auf die „unbekannten Erben“ in Betracht, wenn (1) sich die Erben nicht namentlich ermitteln lassen,<sup>2</sup> (2) ein für die Erben handelndes Organ vorhanden ist – insbesondere also ein Nachlasspfleger –, und (3) ein rechtliches Interesse an der Voreintragung der Erben besteht.<sup>3</sup> Das Grundbuchamt kann mit Mitteln des Grundbuchzwangs (§ 82 GBO) zur Berichtigung anhalten<sup>4</sup> oder diese hilfsweise gar von Amts wegen durchführen (§ 82a GBO<sup>5</sup>); es erfährt von Erbfällen dadurch, dass deutsche Nachlassgerichte gem. § 83 Satz 1 GBO Mitteilung zu erstatten haben, wenn sie im Rahmen eines Verfahrens zur Erteilung eines Erbscheins oder eines ENZ von der Existenz eines nachlasszugehörigen Grundstücks Kenntnis erlangen.

Gem. § 60 Abs. 4 KostO = Anm. (1) zu KV Nr. 14110 GNotKG ist die Berichtigung (samt Eintragung von Nacherben- oder Testamentsvollstrecker-

1 BGH, 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, Rpfleger 2007, 75; *Ann*, MittBayNot 2003, 193 ff.; nach BGH, 11.09.2002 – XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389 genügt die Bezeichnung als „Erbengemeinschaft nach [...]“ nicht einmal dem mietvertraglichen Schriftformerfordernis des § 550 BGB a.F.; möglicherweise großzügiger nun BGH, 02.11.2005 – XII ZR 233/03, DStR 2006, 1951 zur GbR, bei der die spätere Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch als nachträgliches Bestimmungsmittel für den Mietvertrag genüge. Die „Erbengemeinschaft“ kann auch nicht Arbeitgeber sein, LAG Hamm, 04.01.2012 – 2 TA 337/11, FamRZ 2012, 1907.

2 Dem Grundbuchamt lässt sich dies in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch die gerichtliche Bestallungsurkunde des Nachlasspflegers bzw. die Erteilung einer nachlassgerichtlichen Genehmigung nachweisen, da die Nachlasspflegschaft die Unbekanntheit von Erben voraussetzt.

3 Dafür dürfte bereits der gegenüber § 2366 BGB weitergehende Schutz des § 892 BGB genügen, vgl. Gutachten DNotI-Report 2014, 66, 68.

4 Nach OLG Hamm, 28.05.2010 – 15 W 212/10, ZEV 2010, 596 scheiden Zwangsmittel aus, wenn die Berichtigung binnen 2 Jahren nach dem Sterbefall stattfindet (analog KV Nr. 14110 Anm. 1 GNotKG, zuvor § 60 Abs. 4 KostO). Das Grundbuchamt muss zuvor selbst Nachforschungen zur Erbfolge anstelle und dem Erben Vorgaben zum konkreten Inhalt des zu stellenden Erbscheinsantrags machen, OLG Nürnberg, 07.01.2020 – 15 W 4395/19, ErbR 2020, 884.

5 Zu einem solchen Verfahren OLG Düsseldorf, 12.01.2024 – I-3 Wx 131/23, ErbR 2024, 465: Amtsermittlung gem. § 26 FamFG (nach eigenem Ermessen mit oder ohne Beiziehung des Nachlassgerichts); das Ermessen des Grundbuchamts kann auf Null reduziert sein, wenn die Beteiligten die notwendigen Nachweise nicht vollständig beizubringen vermögen.

vermerken)<sup>6</sup> binnen 2 Jahren<sup>7</sup> nach dem Erbfall *kostenfrei*,<sup>8</sup> sogar wenn ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft eine Erbteilsübertragung oder Auseinandersetzung stattfindet und der Miterbe erst dann eingetragen wird – dies war unter Geltung der KostO umstritten,<sup>9</sup> ist jedoch unter Geltung des GNotKG durch Anm. 1 Satz 2 zu KV Nr. 14110 GNotKG ausdrücklich klargestellt,<sup>10</sup> allerdings nur, wenn die Erben<sup>11</sup> „des eingetragenen Eigentümers“ erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden, d.h. die Erbengemeinschaft selbst darf sich (noch) nicht haben eintragen lassen. Rechtssicherheit (§ 892 BGB) und Kostenökonomie stehen also weiterhin im Konflikt miteinander.<sup>12</sup> An der Auseinandersetzung dürfen des Weiteren nur Miterben (keine fremden Vermächtnisnehmer!) beteiligt sein; privilegiert ist dann jedoch sowohl die rechtsgeschäftliche Auflassung eines Nachlassgrundstücks an einen Vorausvermächtnisnehmer,<sup>13</sup> als auch die Übertragung eines Erbanteils oder die Abschtigung. Auch die rechtzeitig beantragte Berichtigung bei Eintritt des Nacherbfalls ist begünstigt, allerdings nur dann, wenn auch die Berichtigung bei Tod des Erblassers auf den Vorerben fristgemäß beantragt worden ist oder – da die Frist noch nicht abgelaufen ist – noch beantragt werden kann.<sup>14</sup>

War jedoch die Erbengemeinschaft (kostenfrei) bereits eingetragen worden, ist die kostenrechtliche Privilegierung verbraucht.<sup>15</sup> Dann führt die „Löschung“ eines Miterben (Grundbuchberichtigung) infolge Abschtigung (C.I.2.) zu

6 OLG Frankfurt am Main, 21.05.2012 – 20 W 353/11, ZEV 2012, 555.

7 Es genügt die rechtzeitige Antragstellung, OLG Frankfurt am Main, 27.02.2007 – 27 W 487/06, MittBayNot 2007, 522. Auch eine unverschuldete Fristversäumung ist schädlich, OLG Köln, 28.08.2018 – 2 Wx 305/18, FGPrax 2018, 236, ebenso OLG Karlsruhe, 22.12.2023 – 19 W 95/22, ZEV 2024, 184. Bei Sonn- und Feiertagen verlängert sich die Frist gem. § 16 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 222 Abs. 2 ZPO auf den nächsten Werktag, OLG Köln, 20.12.2021 – 2 Wx 314/21, FamRZ 2022, 1391.

8 Andernfalls fiel unter Geltung der KostO bei Berichtigung auf Ehegatten und/oder Abkömmlinge eine 5/10-Gebühr, für die Eintragung anderer Erben eine 10/10-Grundbuchgebühr an; unter Geltung des GNotKG wird stets eine 1,0 Gebühr nach KV Nr. 14110 erhoben. Der Berichtigungsantrag selbst kann gem. § 30 GBO formfrei gestellt werden.

9 OLG München, 02.02.2006 – 32 Wx 142/05, RNotZ 2006, 253; a.A. OLG Düsseldorf, 20.06.2006 – I-10 W 40/06, MittBayNot 2007, 245 und OLG Celle, 24.04.2012 – 4 W 26/12, ZEV 2012, 369 m. zust. ausführl. Anm. *Böhringer*.

10 Vgl. etwa OLG Stuttgart, 16.07.2015 – 8 W 255/15, RNotZ 2015, 662 (Ausübung eines eingeräumten Übernahmehrechtes durch einen Erben).

11 Und nicht etwa (als Folge der Auseinandersetzung) eine aus allen Erben bestehende personenidentische GbR, in welche der Grundbesitz eingebracht wurde, OLG Karlsruhe, 29.06.2023 – 19 W 79/21 (Wx), ZEV 2023, 613 m. Anm. *Böhringer*.

12 *Wilsch*, notar 2013, 308, 310.

13 Bsp.: OLG Stuttgart, 16.07.2015 – 8 W 255/15, RNotZ 2015, 662 (nur Ls.: Ausübung eines Übernahmehrechtes durch einen Miterben), OLG München, 15.12.2015 – 34 Wx 334/15, RNotZ 2016, 269 (nur Ls.), OLG Brandenburg, 04.01.2018 – 2 W 158/17, ZEV 2018, 614 (nur Ls.), *Sikora/Strauß*, DNotZ 2019, 593, 624.

14 OLG München, 12.12.2014 – 34 W 374/14, Rpfleger 2015, 368.

15 *Gutfried*, DNotZ 2013, 804, 807; OLG Köln, 19.03.2014 – 2 Wx 73/14, notar 2014, 342 m. Anm. *Rupp*; OLG München, 10.02.2016 – 34 Wx 425/15, RNotZ 2016, 269 (nur Ls.); zweifelnd *Wilsch*, ZEV 2013, 428, 429.

Grundbuchkosten in Höhe einer 1,0-Gebühr gem. KV 14110 GNotKG, berechnet aus dem quotenanteiligen Wert des Nachlassgrundstücks<sup>16</sup>, beim Ausscheiden des vorletzten Miterben aus dem Gesamtwert des Nachlassgrundstücks.

## II. Gesamtrechtsnachfolgen

### 1. Verwendung post-/transmortaler Vollmachten

#### a) Wirkungsweise und Grenzen

Gem. § 40 Abs. 1 GBO in seiner durch ständige Rechtsprechung geprägten Ausformung (A.I.2.) ist die Voreintragung ausnahmsweise entbehrlich, wenn die Bewilligung noch vom Erblasser stammt oder wenn (jedenfalls, zur Finanzierungsgrundschuld vgl. B.II.1., str.) nur die Eintragung der Vormerkung bzw. die Umschreibung des Eigentums durch den Erben, den Nachlassverwalter, den Nachlassinsolvenzverwalter, oder (in analoger Anwendung) den Erbschaftserwerber sowie einen Miterben als Erbteilserwerber bewilligt wird. Dies gilt auch, wenn aufgrund einer (im Zweifel<sup>17</sup> nach Maßgabe des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses [Geschäftsbesorgung<sup>18</sup>, nicht lediglich Gefälligkeitsverhältnis] gem. §§ 168 Satz 1, 672 Satz 1, 675 BGB, vgl. auch § 52 Abs. 3 HGB, § 86 ZPO gegebenen) *post- oder transmortalen Vollmacht*<sup>19</sup> (auch einer solchen zur Messungsanerkennung und Auflassung) des Verstorbenen<sup>20</sup> gehandelt wird, wobei die aufgrund dieser Vollmacht abgegebenen Bewilligungen solche des/der Erben sind – beschränkt auf den Nachlass –, nicht des Erblassers<sup>21</sup> (und zwar auch wenn der Bevollmächtigte vom Todesfall keine Kenntnis hat<sup>22</sup>).

<sup>16</sup> OLG Frankfurt, 05.04.2023 – 20 W 24/23, EE 2023, 109.

<sup>17</sup> Anders, wenn die Vollmacht nur den Vollmachtgeber persönlich betreffen sollte, oder „Vertretungsmacht wie ein Betreuer“ einräumen sollte, OLG München, 07.07.2014 – 34 Wx 265/14, ZEV 2014, 615 m. krit. Anm. Zimmer [Formular aus „Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, C.H. Beck Verlag]. Dies würde allerdings dazu führen, dass auch beim „normalen Gebrauch“ der Vollmacht belegt werden müsste, dass der Vollmachtgeber noch am Leben ist.

<sup>18</sup> OLG Karlsruhe, 17.08.2023 – 19 Wx 60/23, NotBZ 2024, 113, hierzu Zimmer, ZEV 2023, 654, 657.

<sup>19</sup> Überblick bei Keim, MittBayNot 2021, 207 ff.

<sup>20</sup> Mitunter legen Gerichte sogar formunwirksame Schriftstücke, die mit „Testament“ überschrieben sind, als postmortale Vollmachten aus, vgl. OLG Rostock, 08.01.2015 – 3 W 98/14, ErbR 2015, 326; zum umgekehrten Fall (Vollmacht ist als Erbeinsetzung auszulegen): OLG München, 31.03.2016 – 31 Wx 413/15, ErbR 2016, 348.

<sup>21</sup> Für eine (vom BMJ nicht aufgegriffene, Kurze, ZErB 2008, 401) Ergänzung des § 40 Abs. 1 GBO de lege ferenda plädiert Findeklee, ZErB 2007, 172.

<sup>22</sup> Amann, MittBayNot 2016, 369 [da kein anderes vertretenes Rechtssubjekt existiert], a.A. Sagmeister, MittBayNot 2013, 107, 108.

Der aufgrund solcher Vollmacht Handelnde braucht weder die Erben oder Erbeserben<sup>23</sup> namhaft zu machen,<sup>24</sup> für die er handelt,<sup>25</sup> falls diese überhaupt bekannt sind (zu hieraus für die Rechtsverfolgung erwachsende Risiken vgl. A.II.1.),<sup>26</sup> geschweige denn einen Erbnachweis i.S.d. § 35 GBO hierzu vorzulegen<sup>27</sup> (anders wenn [1] im Namen der Erben ein Grundstück erworben werden soll<sup>28</sup> sowie wenn [2] der Bevollmächtigte die Berichtigung des Grundbuches [oder des Handelsregisters<sup>29</sup>] auf die [angeblichen] Erben [a] begehrt<sup>30</sup> oder [b] begehren muss, also notwendig dann, wenn § 40 Abs. 1 GBO nicht gilt (problematisch insb. bei der Finanzierungsgrundschuld des Käufers, A.II.2.!) und daher die Eintragung der Erben zunächst erforderlich sein mag<sup>31</sup> – es sei denn § 40 Abs. 2 GBO [Testamentsvollstrecker] oder § 40 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB

23 Weidlich, ZEV 2016, 57, 59.

24 Auch § 10 Abs. 2 BeurkG verlangt dann nicht mehr als das materielle Recht, vgl. Ott, notar 2019, 135, 140; zweifelnd in Bezug auf die Kontrollpflichten nach GwG Becker, MittBayNot 2020, 213, 215.

25 Bestelmeyer, Rpfleger 2008, 552, 563; LG Stuttgart, 20.07.2007 – 1 T 37/07, ZEV 2008, 198, OLG Dresden, 12.04.2011 – 17 W 1272/10 und 1273/10, ZEV 2012, 339; OLG München, 10.02.2022 – 34 Wx 431/21, MittBayNot 2022, 226 = notar 2023, 24 m. Anm. Böhme.

26 Fürsorgebedürfnis für eine Nachlasspflegschaft kann daher trotz bestehender transmortaler Generalvollmacht bestehen, OLG Stuttgart, 27.05.2015 – 8 W 147/15, ErbR 2016, 159.

27 OLG Rostock, 24.11.2023 – 3 W 127/22, NotBZ 2024, 198; KG, 02.03.2021 – 1 W 1503/20, ZEV 2021, 332; OLG Frankfurt am Main, 29.06.2011 – 20 W 168/11, DNotZ 2012, 140; hierzu *Mensch*, BWNotZ 2012, 15; OLG Frankfurt am Main, 14.11.2011 – 20 W 149/11, NJOZ 2012, 1873; OLG München, 15.11.2011 – 34 Wx 388/11, MittBayNot 2012, 227 m. Anm. Reimann: Der transmortal Generalbevollmächtigte kann sogar das Nachlassgrundstück an sich selbst auflassen, ebenso OLG München, 21.07.2014 – 34 Wx 259/14, ZEV 2014, 618, hierzu Everts, MittBayNot 2016, 139; Herrler, in: DAI, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2014/2015, S. 326 ff.; LG Neuruppin, 29.08.2003 – 5 T 217/03, MittBayNot 2004, 46; a.A. nur OLG Stuttgart, 25.11.2011 – 8 W 427/11, RNotZ 2012, 129 (wo allerdings aufgrund der transmortalen Vollmacht auch ein Erbteil übertragen wurde – also kein Bestandteil des Nachlasses –, sodass die Entscheidung jedenfalls insoweit zutreffend ist), sowie Kollmeyer, ZEV 2021, 557 ff.

28 OLG Frankfurt am Main, 29.06.2011 – 20 W 168/11, DNotZ 2012, 140; hierzu *Mensch*, BWNotZ 2012, 15.

29 Vgl. OLG München, 31.03.2017 – 31 Wx 169/17, FGPrax 2018, 73: mit dem Argument, dass der Erblasser = Vollmachtgeber seinen eigenen Tod nicht selbst hätte anmelden können. Tatsächlich geht es aber darum, dass die Vollmacht nicht den erforderlichen Beweis der Rechtsnachfolge erbringt. Auch die Anmeldung eines Zweiterwerbers, der vom als Erben eintretenden Kommanditisten den Kommanditanteil erworben hat, scheidet auf der Basis der postmortalen Vollmacht, da im Handelsregisterrecht der strenge Voreintragungsgrundsatz gilt, der nicht – wie im Grundbuchrecht durch § 40 GBO – durchbrochen wird, vgl. *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 756.

30 Arg.: Auch der Erblasser hätte dies nicht vornehmen können, da es hierfür seines Todes bedarf: *Sagmeister*, MittBayNot 2013, 107, 108; BayObLG, 24.02.1994 – 2Z BR 119/93, NJW-RR 1994, 914; OLG Stuttgart, 25.11.2011 – 8 W 427/11, DNotZ 2012, 371; a.A. OLG Dresden, 12.04.2011 – 17 W 1272/10 u. 12 W 1273/10, ZEV 2012, 339. Auch die Eintragung der Erben als „Gesamtrechtsnachfolger“ eines verstorbenen Kommanditisten in das Handelsregister kann der postmortal Bevollmächtigte nicht anmelden, OLG München, 20.06.2017 – 31 Wx 169/17, MittBayNot 2017, 618.

31 Vgl. Gutachten DNotI-Report 2015, 65, 67, z.B. ist bei einer Nießbrauchseintragung aufgrund transmortaler Vollmacht die Voreintragung erforderlich: OLG Köln, 19.12.2019 – 2 Wx 343/19, MittBayNot 2020, 437 mit instruktiver Übersicht von Becker hierzu *Wendt*, ErbR 2020, 461 ff.

[Nachlasspfleger] werden auf das Handeln des postmortal Bevollmächtigten entsprechend angewendet – , nachstehend A.II.1.(2), oder aber wenn [3] das Rechtsgeschäft das Eigenvermögen der Erben, z.B. deren durch Tod erworbene Erbteile betrifft; problematisch ist daher die durch transmortale Vollmacht bewirkte Erbauseinandersetzung<sup>32</sup>). Bei einer postmortalen, also mit dem Tod des Vollmachtgebers beginnenden, Vollmacht, muss allerdings dessen Ableben nachgewiesen werden (durch Sterbeurkunde, § 29 GBO).<sup>33</sup>

Eine im Vordringen begriffene Rspr. (der Oberlandesgerichte) plädiert<sup>34</sup>

(1) für eine teleologische Reduktion des § 39 GBO (bzw. Extension des § 40 Abs. 1 GBO), jedenfalls für Finanzierungsgrundschulden des Käufers, die in der Regel rasch durch den (von § 39 GBO gedeckten) Eigentumserwerb des Käufers „eingeholt“ werden, vgl. im Einzelnen A.II.2. Die Vertreter dieser Auffassung werden daher jedenfalls die Finanzierungsgrundschuldbestellung kraft transmortaler Vollmacht erst recht ohne Voreintragung billigen.

Einzelne Oberlandesgerichte plädieren dafür,

(2) darüber hinaus jedenfalls die vorherige Grundbuchberichtigung auf die Erben bei Grundschul- und sonstigen Eintragungen dann für überflüssig anzusehen, wenn eine transmortale Vollmacht des Erblassers verwendet wird, als *Parallele zur Testamentsvollstreckung*, wo § 40 Abs. 2 GBO bereits unmittelbar von der Voreintragung befreit<sup>35</sup>, bzw. zur Nachlasspflegschaft gem. § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO<sup>36</sup>. Vertreter der letztgenannten Auffassung billigen daher auch die Eintragung von Belastungen in Abteilung II und III, wenn es sich nicht um Finanzierungsgrundschulden, sondern bspw. um Eigengrundschulden der Erben handelt.<sup>37</sup> Daneben gibt es

32 Sicherlich nicht wirksam ist eine Verfügung über den Erbteil als solche oder ein „Austritt“ aus der Erbengemeinschaft (Abschichtung), nach wohl h.M. aber auch nicht eine Erbauseinandersetzung unter Miterben, da darin eine „teilweise Verfügung“ über den Erbteil liege (*Kroiß/Horn*, NJW 2013, 516, 517; a.A. *Roth*, NJW-Spezial 2016, 679). Die zu deren Erfüllung erklärte Auflassung (an den Miterben) ist aber stets wirksam, in gleicher Weise wie die Auflassung an einen Dritten, vgl. Gutachten DNotI-Report 2017, 156, 157; *Weber*, ErbR 2018, 189 ff.

33 OLG Frankfurt, 23.05.2013 – 20 W 142/13, NotBZ 2014, 148.

34 Überblick bei *Milzer*, DNotZ 2021, 494 ff. („Voreintragungsdogma auf dem Rückzug“) sowie *Becker*, MittBayNot 2022, 343; *Wendt*, ErbR 2023, 18 ff.

35 So etwa OLG Frankfurt, 27.06.2017 – 20 W 179/17, ZfR 2017, 833, m. Anm. *Cramer*, OLG Köln, 16.03.2018 – 2 Wx 123/18, FGPrax 2018, 106, m. Anm. *Bestelmeyer*, OLG Stuttgart, 02.11.2018 – 8 W 312/18, BWNotZ 2018, 147, und OLG Celle, 16.08.2019 – 18 W 33/19, FGPrax 2020, 10, m. Anm. *Dressler-Berlin*, ebenso KG, 22.10.2020 – 1 W 1357/20, FGPrax 2021, 4; OLG Düsseldorf, 05.01.2021 – 25 Wx 58/20, RNotZ 2022, 419 (nur Ls.) und OLG Karlsruhe, 18.10.2021 – 19 W 72/21 (Wx), RNotZ 2022, 419 (nur Ls.); anderer Ansicht jedoch OLG Bremen, 29.11.2021 – 3 W 22/21, MittBayNot 2022, 339 m. Anm. *Becker* (samt tabellarischer Übersicht S. 343), Rn. 19.

36 So OLG Hamburg, 10.01.2023 – 13 W 59/22, DNotZ 2023, 296 und OLG Karlsruhe, 18.10.2021 – 19 W 72/21 (wx), BeckRS 2021, 38647; ebenso *Rachlitz/Vedder*, notar 2023, 325, 334.

37 So ausdrücklich KG, 22.10.2020 – 1 W 1357/20, MittBayNot 2021, 245, m. Anm. *Becker* (samt tabellarischer Übersicht S. 343), ebenso KG, 02.03.2021 – 1 W 1503/20, DNotZ 2021, 703 m. zust. Anm. *Meier*, für den Sonderfall der Bevollmächtigung des Alleinerben, krit. hiergegen *Kollmeyer*, ZEV 2021, 557 ff.

(3) Vertreter der „strengen Lehre“, die eine Ausweitung des § 40 GBO generell ablehnen und auch beim Handeln in transmortaler Vollmacht keine Ausnahmen zulassen.<sup>38</sup>

Die Durchsetzung von Primär- oder Sekundäransprüchen gegen den/die Erben erweist sich allerdings als schwierig<sup>39</sup>, wenn diese nicht namhaft gemacht werden können, da die Bezeichnung des Beklagten als „*unbekannte Erben des XY*“ nicht den Anforderungen an eine Klageschrift gem. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO genügt, und eine Zwangsvollstreckungsklausel nicht gegen „die unbekannt Erben“ erteilt werden kann (lediglich durch oder gegen den Nachlasspfleger [„die unbekannt Erben, gesetzlich vertreten durch Nachlasspfleger XY“<sup>40</sup>] können gem. § 1960 Abs. 3 i.V.m. § 1958 BGB Ansprüche [z.B. eines Vermieters<sup>41</sup>] auch ohne Benennung der Erben verfolgt werden, ebenso durch oder gegen einen Testamentsvollstrecker, der im eigenen Namen mit Wirkung für fremdes Vermögen handelt). Eine Haftung des Erben auch mit seinem Eigenvermögen kann durch die Erklärung des postmortal Bevollmächtigten nicht herbeigeführt werden (anders als wenn der Erbe, gem. § 35 GBO ermittelt, selbst die Vertragserklärungen abgibt). Gewisse Erleichterung könnte in Bezug auf Sekundäransprüche geschaffen werden wenn der Bevollmächtigte zur Begründung einer vertraglichen Eigenhaftung bereit wäre (§ 179 BGB ist ja bei unwiderrufen bestehender Vollmacht nicht einschlägig).

## b) Verhältnis zur Testamentsvollstreckung

Dem Testamentsvollstrecker kann zugleich (personengleich) postmortale Vollmacht erteilt werden, zur *Erweiterung seiner Befugnisse*: Da der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse erst nach Amtsannahme und Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses effektiv ausüben kann, *überbrückt* eine ihm erteilte post- oder transmortale Vollmacht diese, unmittelbar nach dem Erbfall besonders schmerzliche, Zeitspanne. Ferner können dem Testamentsvollstrecker in einer begleitenden Vollmacht auch Befugnisse eingeräumt werden, die ihm kraft Gesetzes sonst verwehrt sind (z.B. zu unentgeltlichen Verfügungen gem. § 2205 Satz 3 BGB). Ferner gilt die 30jährige Frist des § 2210 BGB nicht für den Bevollmächtigungen.

Bei Personenidentität ist dem Betroffenen daher zu empfehlen, sein Testamentsvollstreckeramt erst dann anzunehmen, wenn die Nachlassvollmacht nach vollständiger Erledigung aller dem Vollmachtinstrument vorbehaltenen Maßnahmen erloschen ist, da sonst (etwa bei nicht vollständiger Entgeltlichkeit

38 OLG Bremen, 29.11.2021 – 3 W 22/21, MittBayNot 2022, 339 m. Anm. *Becker*, Rn. 19; vgl. zum Vorstehenden *Kessler*, in: DAI, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2021/2022, S. 259 ff.

39 Hierauf weist *Becker*, MittBayNot 2020, 213 ff. hin.

40 OLG Koblenz, 11.06.2019 – 8 W 201/19, ZErB 2022, 195.

41 Hierzu *Gottwald*, EE 2022, 42 ff. mit Muster eines Antrags.

der Verfügungen des Bevollmächtigten) Unwirksamkeitsprobleme sich stellen (§ 2205 Satz 2 BGB) oder Schadenersatzforderungen im Raum stehen könnten.<sup>42</sup>

Komplexer sind die möglichen, dann eher kontradiktorischen, Wechselbeziehungen bei *Personenverschiedenheit* des postmortal Generalbevollmächtigten einerseits, bzw. Testamentsvollstrecker andererseits: Der Mitwirkung eines eingesetzten *Testamentsvollstreckers* bedarf es bei Vorliegen einer trans-/postmortalen Vollmacht nicht, da die Vollmacht dem Bevollmächtigten eigenständige, vom Erblasser und nicht vom unabhängig daneben tretenden Testamentsvollstrecker herrührende, Befugnisse verleiht.<sup>43</sup> Denkbar ist jedoch,<sup>44</sup> sofern der Erblasser/Vollmachtgeber die *Konkurrenz ausdrücklich regelt*, (a) dem Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung Widerrufsbefugnis hinsichtlich bereits erteilter trans- oder postmortaler Vollmachten zu erteilen, oder gar (b) bereits im Testament diesen Widerruf zu erklären und den Testamentsvollstrecker zur Mitteilung dieses Widerrufs nach dem Tod an die Bevollmächtigten und bestimmte wichtige Verwendungsadressaten anzuweisen, oder aber in der Vollmacht festzulegen, (c) dass sie nur bis zur Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker verwendet werden dürfe (die Auslegung kann bei einer zeitgleich mit der Testamentserrichtung erteilten Vollmacht ohnehin ergeben, dass sie inhaltlich keine über das Amt hinausgehenden Ansprüche verleihen sollte<sup>45</sup>), oder aber dass (d) der Bevollmächtigte im Innenverhältnis für bestimmte Bereiche der Zustimmung des Testamentsvollstreckers bedürfe.

Fehlen solche vom Vollmachtgeber/Erblasser herrührende Regelungen zum Vorrang, gilt: Eine bereits bestehende postmortale Vollmacht erlischt nicht dadurch, dass der Erblasser eine andere Person zum Testamentsvollstrecker ernannt hat.<sup>46</sup> Allerdings ist der Testamentsvollstrecker zum Widerruf der Vollmacht befugt, A.II.2. Solange dies nicht erfolgt ist, soll nach einer Mindermeinung der postmortal Bevollmächtigte jedoch nur dieselben Befugnisse haben wie ein Erbe, sodass er nur handeln könne außerhalb der Beschränkungen in der Testamentsvollstreckung, also für diejenigen Bereiche, die dem Testamentsvollstrecker (etwa als Schenkung) verwehrt seien.<sup>47</sup>

42 Empfehlung von *Jurksch*, ZfIR 2021, 532 ff.

43 BGH, 18.06.1962 – II ZR 99/61, WM 1962, 840; OLG München, 26.07.2012 – 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230. Vgl. hierzu auch *Schleifenbaum*, Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht 12 (2022), S. 1, 13 ff.

44 Vgl. im Einzelnen, *Keim*, ZEV 2023, 275 ff., sowie, mit Formulierungsvorschlägen, *P. Becker*, ZEV 2018, 692 ff.

45 So der Fall in BGH, 14.09.2022 – IV ZB 34/21, ZEV 2022, 719 m. Anm. *Keim* = RFamU 2022, 513 m. Anm. *Bonefeld* = FamRZ 2022, 1807 m. Anm. *Strobel* = DNotZ 2023, 631 m. skeptischer Anm. *Müller-Engels*; ausführlich hierzu *Werner*, ErbR 2023, 13 ff.

46 Vgl. *Keim*, ErbR 2024, 170, 175; a.A. *Rehmann*, BB 1987, 213, 214 (konkludenter Widerruf der Vollmacht).

47 Vgl. MünchKomm BGB/*Zimmermann*, vor § 2197, Rn. 15.

Das OLG Nürnberg<sup>48</sup> geht in letzterer Fallgruppe (Personenverschiedenheit, ohne vom Prinzipal herrührende Vorrangregelung) sogar (fragwürdigerweise) davon aus, dass seitens des Grundbuchamts bei identischen Befugnissen des trans- oder postmortal Bevollmächtigten mit dem Testamentsvollstrecker die Befugnisse des Letzteren vorrangig und schützenswert seien, indem selbst dann ein Testamentsvollstreckervermerk gem. § 52 GBO im Grundbuch einzutragen ist, wenn nicht gleichzeitig der Erbe eingetragen wird (um Verfügungen des Bevollmächtigten zu verhindern). Bei Personenidentität des postmortal Bevollmächtigten mit dem Testamentsvollstrecker ist zu empfehlen, dass das Amt des Testamentsvollstreckers erst dann angenommen wird, wenn die Nachlassvollmacht erloschen ist, da sonst (etwa bei nicht vollständiger Entgeltlichkeit der Verfügungen des Bevollmächtigten) Unwirksamkeitsprobleme sich stellen (§ 2205 Satz 2 BGB) oder Schadenersatzforderungen im Raum stehen könnten.<sup>49</sup>

### c) Widerruf

Selbst wenn die Erbfolge bereits eingetragen ist, gilt die post-<sup>50</sup> oder transmortale Vollmacht, da sie auf den (fortbestehenden) Nachlass bezogen ist, weiter, solange sie nicht *widerrufen* ist. Ein solcher Widerruf kann, sofern nicht ausdrücklich<sup>51</sup> oder stillschweigend<sup>52</sup> ausgeschlossen, durch jeden Miterben (mit Wirkung für ihn<sup>53</sup>, was jedoch genügt um die Vollzugsreife i.S.d. § 53 BeurkG zu beseitigen<sup>54</sup>) oder einen Testamentsvollstrecker<sup>55</sup> bzw. Nachlassverwalter, wohl

48 OLG Nürnberg, 26.04.2021 – 15 W 987/21, NotBZ 2022, 71.

49 Empfehlung von *Jurksch*, ZfIR 2021, 532 ff.

50 OLG Frankfurt, 23.05.2013 – 20 W 142/13, NotBZ 2014, 148; Gutachten DNotI-Report 2019, 140, 142, m.w.N.

51 Unzulässig ist allerdings ein Widerrufsabschluss alleine zulasten der Erben, vgl. BGH, 14.07.1976 – IV ZR 123/75, WM 1976, 1130, 1132.

52 OLG München, 15.06.2015 – 34 Wx 513/13, notar 2015, 330 m. Anm. *Röhl* = MittBayNot 2016, 135 m. Anm. *Everts* = ZEV 2015, 651 m. Anm. *Grunewald*, Tz 51 ff.: v.a. wenn die Vollmacht dem besonderen Interesse des Bevollmächtigten dient, z.B. an der Veräußerung von GbR-Vermögen nach dem Tod des anderen (die Vollmacht erteilenden) Gesellschafters einer zweigliedrigen GbR; hierzu *Hertel*, in: DAI, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2015/2016, S. 314 ff.

53 Nach KG, DNotZ 1937, 813 kann jeder einzelne Miterbe widerrufen (was nicht zwingend zur Anordnung einer Nachlasspflegschaft führt, da der von der Mehrheit der anderen Miterben weiter Bevollmächtigte jedenfalls dringende Handlungen vornehmen kann: OLG Köln, 30.04.2021 – 2 Wx 184/21, ErbR 2021, 805 und OLG Köln, 28.06.2021 – I-2 Wx 184/21, ZErb 2022, 76); a.A. (alle gemeinsam) *Madaus*, ZEV 2004, 448 ff.; a.A. auch *Papenmeier*, ErbR 2015, 12, 14 ff.: Mehrheit der Erben kann nach außen wirksam handeln, wenn eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung vorliegt, der einzelne Miterbe mit Wirkung für alle nur bei Notgeschäftsführung, § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB. Widerruft ein Miterbe, ist ein entsprechender Vermerk auf der Ausfertigung anzubringen, vgl. *Schleifenbaum*, Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht 12 (2022), S. 1, 6.

54 LG Berlin, 16.06.2020 – 84 T 256/19, ErbR 2021, 361 m. Anm. *Kliemt*.

55 Vgl. *Mensch*, NotBZ 2013, 420, 425 (es sei denn, das Testament schließt diese Befugnis gem. § 2208 BGB aus); a.A. *Glenk*, NotBZ 2017, 364, 365 sowie NotBZ 2017, 407, 413.