

Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von
KARLHEINZ MUSCHELER

Hereditare

12

Mohr Siebeck

Hereditare –
Jahrbuch für Erbrecht
und Schenkungsrecht

Band 12 (2022)



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* 12 (2022), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-162148-2 / eISBN 978-3-16-162149-9

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

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Thekla Schleifenbaum</i>	
Die trans- und postmortale Vorsorgevollmacht	1
<i>Rüdiger Pamp</i>	
Missbrauch von Vorsorgevollmachten – das „abgeräumte Bankkonto“ ..	37
<i>Tanja Henking</i>	
Patientenverfügungen – empirische Befunde und normative Überlegungen	65
<i>Wang Qiang</i>	
Die Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten im sich wandelnden Erbrecht Chinas im Vergleich zum deutschen Erbrecht	75
<i>Christoph Karczewski</i>	
Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und sonstigen Zivilrecht	147
<i>Jan Hüchtebrock</i>	
Diskussionszusammenfassung zu den Vorträgen des 12. Bochumer Erbrechtssymposiums	241
Autorenverzeichnis	249

Thekla Schleifenbaum

Die trans- und postmortale Vorsorgevollmacht¹

A. Begrifflichkeiten:

Transmortal, Postmortal, Vorsorgevollmacht

Transmortale und postmortale Vollmachten verbindet ihre Wirksamkeit nach dem Tod des Vollmachtgebers. Die transmortale Vollmacht gilt schon zu Lebzeiten des Erblassers und geht über dessen Tod hinaus. Die postmortale Vollmacht dagegen wird erst mit dem Todesfall wirksam, ist also unter der aufschiebenden Bedingung des Todes des Vollmachtgebers erteilt. Soweit eine trans- oder postmortale Vollmacht deutschem Recht unterliegt, darf ihre grundsätzliche Zulässigkeit als gesichert betrachtet werden.² Einigkeit besteht, dass aufgrund einer solchen Vollmacht nicht der verstorbene Erblasser vertreten wird. Denn dessen Rechtsfähigkeit endet mit seinem Tod, § 1 BGB. Vielmehr wirkt jede transmortale und postmortale Vollmacht für und gegen die Erben.³ Die Wirkung solcher Vollmachten gegenüber dem Erben erstreckt sich nur auf Nachlassgegenstände, nicht auf das Eigenvermögen des Erben.

Der klassische Anwendungsfall der transmortalen Vollmacht ist die General- und Vorsorgevollmacht. In der notariellen Praxis wird üblicherweise ausdrücklich geregelt, dass die Vollmacht über den Tod hinaus gültig bleiben soll. Schon die gesetzliche Regel ordnet in § 168 S. 1 BGB an, dass im Zweifel eine Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt. Auch im Auftragsrecht bestimmen §§ 672, 674 BGB die grundsätzliche Fortgeltung über den Tod des Auftraggebers hinaus.

Dennoch ist eine ausdrückliche Geltungserstreckung im Vollmachtstext auf die Zeit nach dem Tod empfehlenswert, wenn nicht sogar vonnöten. Die Bestimmungen der §§ 168 S. 1 i.V.m. 672 S. 1, 674 BGB sind schließlich nur Ausle-

1 Der Beitrag basiert im Wesentlichen auf einem Vortrag, den die Autorin auf dem 12. Bochumer Erbrechtssymposium der Hereditare – Wissenschaftliche Gesellschaft für Erbrecht e.V. am 20. Mai 2022 hielt.

2 Grüneberg/*Ellenberger*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 168 Rn. 4; OLG Zweibrücken, Urt. v. 1.3.1982 – 3 W 12/82, DNotZ 1983, 105; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.6.2018 – 20 W 179/17, RhNotZ 2018, 28. Im romanischen Rechtsraum ist dies gänzlich anders, vgl. die unterschiedlichen Länderdarstellungen www.the-vulnerable.eu (27.10.2022).

3 MüKoBGB/*Schramm*, 5. Aufl. 2006, § 168 Rn. 17; Staudinger/*Schilken*, BGB, 2. Aufl. 2019, § 168 Rn. 31; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3568 f.

gungsregeln. Aus den Umständen lässt sich bisweilen auch die Absicht des Vollmachtgebers folgern, die Vollmacht gerade mit seinem Tod tatsächlich erlöschen zu lassen. Einzelne Oberlandesgerichte kamen bereits auf die Idee, in Fällen, in denen eine Vollmacht explizit als Altersvorsorgevollmacht überschrieben war, diese als mit dem Tod erloschen anzusehen.⁴ Begründet wurde dies mit dem offensichtlichen Zweck der Altersvorsorgevollmacht, die besonderen Bedürfnisse des Vollmachtgebers im Zusammenhang mit altersbedingter Betreuungsbedürftigkeit zu decken. Diese Bedürfnisse entfallen offenkundig mit dem Tod. Daher wurde die Vollmacht so ausgelegt, dass ihre Gültigkeit mit Tod entfalle.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen sollte man mit der Bezeichnung oder Überschrift einer Vollmacht als „Altersvorsorgevollmacht“ und auch als „Vorsorgevollmacht“ vorsichtig sein. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese Bezeichnung in dem Sinne verstanden werden kann, dass die Vollmacht auch im Außenverhältnis erst und nur solange gelten soll, wie ein, wie auch immer bestimmter Vorsorgefall vorliegt. Das könnte auf den Willen des Vollmachtgebers hindeuten, die Gültigkeit der Vollmacht auf seine Lebenszeit zu begrenzen.

Wenn Vollmachten nur für den Vorsorgefall erteilt werden, ist zu klären, welches Ereignis den Bedingungseintritt auslöst und wie dieser nachzuweisen ist. Wenn die Gültigkeit der Vollmacht an den Eintritt von Ereignissen wie Geschäftsunfähigkeit, Betreuungsbedürftigkeit oder Handlungsunfähigkeit geknüpft wird, ist sie im Rechtsverkehr faktisch unbrauchbar.⁵ Vor allem im Grundbuchverkehr ist wegen § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO auch der Bedingungseintritt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Ärztliche Atteste und Diagnosen, die zweifelsfrei eine Geschäftsunfähigkeit bestätigen, sind erfahrungsgemäß schwer zu erwirken. Kaum jemals sind sie in grundbuchtauglicher Form zu erhalten. Überdies bestätigen sie den Bedingungseintritt in der Regel nur für den Tag der Ausstellung. Konsequenterweise wertet auch die Rechtsprechung eine aufschiebend auf den „Vorsorgefall“ bedingte Vollmacht als nicht ausreichend, um eine Betreuung zu vermeiden.⁶ Da der Bevollmächtigte im Rechtsverkehr stets den Bedingungseintritt nachweisen müsse, leide diese unter Akzeptanzproblemen und sei daher nicht gleichwertig mit einer Betreuung.

Es ist daher zurecht inzwischen übliche Praxis, General- und Vorsorgevollmachten im Außenverhältnis nicht unter aufschiebende Bedingungen zu stellen. Vielmehr werden gewünschte Beschränkungen im Innenverhältnis, etwa

⁴ OLG Hamm, Urt. v. 17.9.2002 – 15 W 338/02, DNotZ 2003, 120 ff.; OLG München, Urt. v. 7.7.2014 – 34 Wx265/14, DNotZ 2014, 677 = NJW 2014, 3166.

⁵ Vgl. ausführlich *Stascheit*, RhNotZ 2020, 61 (79 ff.); BeckNotarHB/Reetz, 7. Aufl. 2019, § 16 Rn. 52; *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht-Betreuungsverfügung-Patientenverfügung, 3. Aufl. 2017, Rn. 59.

⁶ KG, Urt. v. 19.11.2009 – 1 W 49/09, NJOZ 2010, 1682 (1684).

im Rahmen eines Auftrags oder als Anweisungen an den Bevollmächtigten, formuliert.⁷ Auslegungsprobleme über die Reichweite der im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht sollten tunlichst vermieden werden. Die in der notariellen Praxis bevorzugte Terminologie der General- und Vorsorgevollmacht drückt diese Dichotomie von Generalvollmacht im Außenverhältnis und Vorsorgevollmacht im Innenverhältnis zutreffend aus.

Bei postmortalen Vollmachten hingegen ist der Nachweis des Bedingungseintritts durch Vorlage einer Sterbeurkunde in aller Regel unproblematisch. Bei Sonderfällen, nach dem Verschollenheitsgesetz oder ausländischen Sterbeurkunden, kann auch das herausfordernd sein. Diese mögen in diesem Beitrag aber außer Betracht bleiben.

Soweit die Einsatzmöglichkeiten von Vollmachten nach dem Tod des Vollmachtgebers betrachtet werden, ist die Unterscheidung zwischen trans- und postmortaler Vollmacht unerheblich.⁸ Es geht in beiden Fällen darum, aufgrund Vollmacht Stellvertretung der Erben im Blick auf die Vermögenswerte des Nachlasses zu ermöglichen. Im Folgenden werden deshalb trans- und postmortale Vollmachten unter dem Begriff Erblässervollmachten zusammengefasst.⁹

B. Vorteile und Grenzen einer Erblässervollmacht

Die besonderen Vorteile einer Erblässervollmacht, sofern sie in beurkundeter oder zumindest in öffentlich beglaubigter Form (§ 29 GBO) erteilt wurde, zeigen sich insbesondere dann, wenn keine oder noch keine tauglichen Erbnachweise vorliegen.

I. Kein Erbnachweis nach § 35 GBO im Grundbuchverfahren?

Jedenfalls im Grundsatz ermöglicht die Erblässervollmacht Verfügungen über Immobilien und Bankkonten. Sie kann aus Sicht der Erben das zeit- und kostenintensive Erbscheinsverfahren ersparen und sichert zeitnahe Handlungsmöglichkeit.

Hintergrund ist § 22 Abs. 1 GBO. Dieser verlangt eine Grundbuchberichtigung auf die Erben eines eingetragenen Berechtigten. Erst danach können die

⁷ Vgl. nur Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 1896 Rn. 4; WürzburgNotarHB/G. Müller, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Kap. 3 Rn. 40; Kordel, in: Kersten/Bühling (Hrsg.), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 96 Rn. 83; BeckNotarHB/Reetz, 7. Aufl. 2019, § 16 Rn. 53; Kurze, in: Burandt/Rojahn (Hrsg.), ErbR, 3. Aufl. 2019, § 167 BGB Rn. 5; Renner, in: Müller/Renner (Hrsg.), Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 287.

⁸ Papenmeier, Transmotrale und postmortale Vollmachten als Gestaltungsmittel, 2013, 2; Vgl. auch Keim, DNotZ 2008, 175 (176 f.).

⁹ Der Terminus folgt einem Vorschlag von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (58).

Erben weitere Eintragungen bewilligen, so der Grundsatz. Dazu sind Erbnachweise gemäß § 35 GBO vorzulegen. Das ist üblicherweise ein Erbschein.

Eine Ausnahme besteht gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nur, wenn die Erbfolge eindeutig durch notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen nachgewiesen werden kann. Das ist jedoch nicht immer bei Vorliegen eines jedweden notariellen Testaments der Fall. Bei bedingten Erbeinsetzungen, wie etwa den beliebten Pflichtteilsstrafklauseln, wonach die Kinder nur dann Erben des Letztversterbenden werden, wenn sie nicht beim Tod dem Erstversterbenden den Pflichtteil geltend gemacht haben und andernfalls auch beim Tod des Letztversterbenden nur auf den Pflichtteil gesetzt sind, ergibt sich die Erbfolge nicht eindeutig aus dem notariellen Testament.¹⁰ Das Nicht-Geltendmachen ist auflösende Bedingung für die Erbeinsetzung. In dem Fall wird das Grundbuchamt die Erbfolge nicht durch die notarielle Urkunde als „nachgewiesen“ erachten. Vielmehr wird es einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 3 GBO). Bisweilen genügt dem Grundbuchamt eine in öffentlicher Urkunde abgegebene Eidesstattliche Versicherung, dass der Pflichtteil nicht geltend gemacht wurde, um dennoch die Privilegierung des Erbfolgenachweises aufgrund öffentlicher Urkunden zu ermöglichen und einen Erbschein zu ersparen.

Selbst wenn die Erbeinsetzung in der öffentlichen Urkunde eindeutig und ohne Bedingung erfolgt ist, bedarf es der Vorlage der Eröffnungsniederschrift des zuständigen Nachlassgerichts (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO). Erst die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung ersetzt den Erbschein. Auch das kann, je nach Bearbeitungszeit bei den oft ausgelasteten Nachlassgerichten, einige Zeit in Anspruch nehmen. Damit besteht auch dann keine sofortige Handlungsfähigkeit nach dem Erbfall.

Mit einer grundbuchtauglichen, unwiderrufenen Erblasservollmacht jedoch können Übertragungen von Grundbesitz und Aufhebungen von Rechten zeitnah und ohne Erbnachweis vorgenommen werden. Dies ergibt sich aus § 40 Abs. 1 GBO, wonach in diesen Fällen eine Voreintragung des Erben nicht erforderlich ist. So können beispielsweise mit formgültiger Erblasservollmacht einvernehmliche Erbauseinandersetzungen zeitnah und kostengünstig abgewickelt werden.

II. Sonstige Vorteile im Grundbuchverfahren?

Ob aber eine Erblasservollmacht auch geeignet ist, beim praktisch relevanten Verkauf einer Nachlassimmobilie an einen Dritten, der zudem ein Finanzierungsgrundpfandrecht bestellen muss, den Voreintragungsgrundsatz zu überwinden, muss derzeit als ungeklärt bezeichnet werden, auch wenn neuere ober-

¹⁰ Demharter, Grundbuchordnung, 32. Aufl. 2021, § 35 Rn. 31 m.w.N.

gerichtliche Rechtsprechung einiger Regionen vielleicht als Lichtblick bezeichnet werden kann.¹¹

Auch ist die Erblässervollmacht nicht geeignet, das Gebührenprivileg der Nr. 14110 Abs. 1 KV des GNotKG nutzbar zu machen. Nach dieser Bestimmung ist eine Grundbuchberichtigung auf den Erben binnen zwei Jahren nach dem Erbfall gebührenfrei. Dies gilt aber nicht, wenn ein Erbe als Bevollmächtigter sich selbst aufgrund Auflassung als Eigentümer eintragen lassen will. Das OLG München entschied, dass trotz ähnlicher Interessenlage das Gebührenprivileg nur für Grundbuchberichtigungen aufgrund Erbnachweis besteht.¹² Dafür ist die Erblässervollmacht eher kontraproduktiv.

III. Überwindung von Beschränkungen in der Person des Erben

Als interessant kann sich eine Erblässervollmacht auch bei einem minderjährigen Erben erweisen. Es ist einhellige Meinung, dass der Bevollmächtigte alle Befugnisse direkt vom Erblasser ableitet. Seine Rechtsmacht wird als gesondert und eigenständig betrachtet. Daher sind Genehmigungserfordernisse, die nur in der Person des Erben begründet liegen, nicht anwendbar.¹³ Wenn die Erblässervollmacht einer anderen volljährigen Person erteilt wird, die mit der vom Erblasser verliehenen Rechtsmacht mit Wirkung für und gegen den Erben Rechtsgeschäfte vornimmt, werden damit familiengerichtliche Zustimmungserfordernisse, vor allem bei Verfügungen über Grundbesitz (§§ 1821, 1822 BGB), obsolet.

Ein Minderjähriger kann aber, wie § 165 BGB zeigt, auch selbst Bevollmächtigter sein. Zwar sind die vom minderjährigen Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des Vermögenssorgeberechtigten wirksam, dies ändert sich aber mit Erreichen der Volljährigkeit. Die Vollmacht gilt weiter und erlischt nicht mit Erreichen der Volljährigkeit.¹⁴

Anders dürfte sich die Interessenlage beim Fall eines sonstigen Erben, für den ein amtlich bestellter Betreuer handelt, darstellen. Auch wenn ein durch Erblässervollmacht bevollmächtigter Dritter auch ohne betreuungsgerichtliche Genehmigungen für den betreuten Erben vertretungsberechtigt wäre, werden derartige Vollmachten üblicherweise von den Betreuern widerrufen. Denn die Betreuer verstehen es als im Interesse ihrer Betreuten liegend, nicht den Rechtswirkungen des Handelns Dritter ausgesetzt zu sein, die ohne ihre und die betreuungsgerichtliche Einbindung erfolgen. Der Erblasser muss folglich damit

¹¹ Vgl. III. dieses Beitrags.

¹² Vgl. OLG München, Urt. v. 4.8.2016 – 34 WX 110/16, FamRZ 2017, 328.

¹³ BGH NJW-RR 2015, 1097 Rn. 10; Grüneberg/*Weidlich*, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 11 m.w.N.; Schon RGZ 106, 185 (186); *Rachlitz/Vedder*, notar 2019, 336 (340).

¹⁴ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3167 m.w.N.

rechnen, dass ein amtlicher Betreuer für den betreuten Erben die Erblasservollmacht, die einen Dritten bevollmächtigt, widerruft.

IV. Interessenwechsel aus Sicht der Erbengemeinschaft

Aus Sicht der Erbengemeinschaft kann eine gut gemeinte Erblasservollmacht an einen von ihnen oder an einen Dritten Ungemach bringen. Denn die Rechtshandlungen des Bevollmächtigten sind grundsätzlich für und gegen die Erbengemeinschaft wirksam. Das mag nicht jedem Erben gefallen. Durch die Widerrufsmöglichkeit des einzelnen Erben jedoch werden deren Interessen als hinlänglich geschützt angesehen.¹⁵ Widerruft ein einzelner Miterbe einer Erbengemeinschaft die Vollmacht, so bleibt die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten hinsichtlich der anderen, nicht widerrufenden Erben unberührt. In dem Fall besteht zwar kein Anspruch auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde, da sie gegenüber den anderen Erben weiterhin wirksam bleibt, allerdings kann der widerrufende Erbe die Anbringung eines entsprechenden Widerrufsvermerks auf der Urkunde und auf den erteilten Ausfertigungen verlangen. Jedoch führt die bei einer Erbengemeinschaft bestehende Notwendigkeit zum gemeinschaftlichen Handeln dazu, dass der Widerruf eines einzigen Erben die Vollmacht für die gesamte Erbengemeinschaft funktionslos werden lässt. Denn der Widerruf auch nur eines Erben hat den Verlust der Verfügungsbefugnis für Rechtsgeschäfte zur Folge, die der Zustimmung aller Erben bedürfen.¹⁶

Problematisch wird es, wenn der Erbe keine Kenntnis von der Erblasservollmacht hat. Dann fehlt ihm das für einen Widerruf erforderliche Erklärungsbewusstsein. Dass der Erbe den Widerruf oft zu spät erklärt, sei „im Hinblick auf den Zweck der postmortalen Vollmacht“ hinzunehmen.¹⁷ Der Bevollmächtigte hat nach der Rechtsprechung auch nicht die Pflicht, den Erben von der Existenz der Erblasservollmacht in Kenntnis zu setzen. Schon gar nicht muss er um dessen Zustimmung für seine Rechtsgeschäfte nachsuchen, solange er sich im Rahmen seines Auftrags und der Vollmacht bewegt.¹⁸ Hier zeigt sich wieder einmal, dass Aufträge zumindest bei weitreichenden Vollmachten durchaus schriftlich niedergelegt werden sollten, will man nicht die Unbill der Auslegung formfreier Aufträge in Kauf nehmen.

Die Aussicht auf sofortige Handlungsfähigkeit, Zeit- und Kostenersparnis einer grundbuchtauglichen Erblasservollmacht wirkt für den Bevollmächtigten und/oder den Erben zunächst einmal bestechend. Dennoch sind viele Ein-

¹⁵ BGH, Urt. v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, DNotZ 1995, 388 (391) = NJW 1995, 250 (253); Staudinger/Reimann, BGB, 15. Aufl. 2016, Vor § 2197 Rn. 92.

¹⁶ Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 13 m.w.N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3572.

¹⁷ BGH, Urt. v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, DNotZ 1995, 388 (391) = NJW 1995, 250 (253).

¹⁸ BGH, Urt. v. 18.4.1969 – V ZR 179/65, DNotZ 1969, 481 ff. = NJW 1969, 1245 (1246).

zelheiten umstritten. Durch divergierende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und unterschiedliche Handhabung, vor allem der Grundbuchämter, bewegt man sich mit der Erblässervollmacht nicht immer auf von Rechtssicherheit geprägtem Gebiet.

C. Akzeptanzprobleme nach Fallgruppen

I. Voreintragungsgrundsatz oder Befreiung analog § 40 GBO?

Die Praxistauglichkeit der Erblässervollmacht als gebührensparendes Konstrukt erfährt eine besondere Herausforderung im Grundbuchverfahren bei Anwendung des sog. Voreintragungsgrundsatzes.

1. Hintergrund

Der Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO besagt, dass eine Eintragung im Grundbuch nur dann erfolgen soll, wenn die Person, die von einem Recht betroffen ist, auch als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Zweck ist einerseits, dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung zu erleichtern und die Rechtsveränderungen Schritt für Schritt transparent zu machen.¹⁹ Andererseits soll der eingetragene Berechtigte dagegen abgesichert werden, dass ein anderer unbefugt über sein Recht verfügt.²⁰

In dem Zeitpunkt, in dem Erblässervollmachten dem Grundbuchamt vorgelegt werden, ist noch der Erblasser im Grundbuch eingetragen. Die Bewilligungen jedoch erfolgen, auch wenn sie aufgrund Erblässervollmacht erklärt werden, mit Wirkung für und gegen den Erben. Dieser wird wiederum nur aufgrund eines Erbscheins als Berechtigter ins Grundbuch eingetragen. Soweit der Voreintragungsgrundsatz gilt, hilft also die Erblässervollmacht nicht weiter und ein grundbuchtauglicher Erbnachweis müsste vorgelegt werden.

In der Praxis geht es bei dem Wunsch, den Voreintragungsgrundsatz zu überwinden immer um Gebührenersparnis. Denn die Zwischeneintragungen kosten zum einen, abgesehen von den Ausnahmefällen, Grundbuchgebühren. Zum anderen muss dafür auch ein grundbuchtauglicher Erbnachweis, in aller Regel also ein Erbschein vorgelegt werden. Dieser kann kostspielig sein. Beides sind Ausgaben, die die Verkäuferseite zu vermeiden sucht.

§ 40 Abs. 1 GBO sieht Ausnahmen von diesem Grundsatz vor. Danach ist es ausnahmsweise möglich, auch ohne Voreintragung des Erben „Übertragungen oder Aufhebungen von Rechten“ und „Eintragungen, die durch den Erblasser

¹⁹ BGH, Urt. v. 20.1.2006 – V ZR 214/04, NJW-RR 2006, 888 Rn. 18.

²⁰ Vgl. KG Berlin, Urt. v. 22.10.2020 – 1 W 1357/20 – Rn. 5, MittBayNot 2021, 245, Rn. 5 m. Anm. Becker.

selbst oder einen Nachlasspfleger bewilligt wurden“, im Grundbuch zu vollziehen. Nach § 40 Abs. 2 GBO gilt dasselbe für Bewilligungen durch den Testamentsvollstrecker. Den Katalog dieser Ausnahmen hat der BGH und die nahezu einhellige Ansicht im Schrifttum in analoger Anwendung um den Fall einer Eigentumsvormerkung erweitert.²¹ Die Analogie von Auflassung und Auflassungsvormerkung sei gerechtfertigt, weil eine Vormerkung nur dazu diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und abzusichern. Der Zweck der Ausnahme sei, eine nur vorübergehende Eintragung zu ersparen und dies gelte ebenso für die den Eigentumsübergang vorbereitende Auflassungsvormerkung. Überdies hänge sie in ihrem rechtlichen Bestand von der Existenz des gesicherten Übertragungsanspruchs ab. Bei einem Kaufvertrag über eine Nachlassimmobilie kann danach sowohl die Auflassungsvormerkung als auch die Auflassung ohne Voreintragung des Erben allein aufgrund formgültiger Erblässervollmacht bewilligt werden.

Umstritten ist, ob das auch gilt, wenn aber der Käufer den Kaufpreis fremdfinanzieren und deshalb den Nachlassgrundbesitz vor Eigentumsumschreibung mit einem Finanzierungsgrundpfandrecht belasten will. Die Neubestellung eines Grundpfandrechts ist eindeutig nicht vom Wortlaut der Ausnahmegvorschrift des § 40 GBO erfasst.

2. Vielstimmigkeit in der Rechtsprechung der OLGs

Die obergerichtliche Rechtsprechung ist bei der Frage, ob eine Grundbuchberichtigung auf den Erben vor Eintragung der Grundschuld notwendig ist, uneinheitlich. Trotz der alljährlich dazu erscheinenden Entscheidungen will sich ein klares Bild nicht abzeichnen. In manchen OLG-Bezirken wird die Grundschuld ohne Voreintragung des Erben erfolgen, in anderen nicht. Überregionale Rechtssicherheit besteht derzeit nicht.

Kern der Meinungsverschiedenheit ist die Frage, ob bei einer vom Erblasser erteilten Vollmacht eine der Analogie fähige Vergleichbarkeit mit den vom Wortlaut des § 40 GBO erfassten Ausnahmen besteht oder nicht.

a) OLG Bremen, OLG Oldenburg:

Keine Anwendung von § 40 GBO analog

Das OLG Bremen hält in seiner Entscheidung aus November 2021²² die Grundbuchberichtigung auf den Erben vor Eintragung der Finanzierungsgrundschuld für erforderlich. Die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld könne nicht

²¹ BGH, Urt. v. 5.7.2018 – V ZB 10/18, RhNotZ 2018, 670; Im Schrifttum *Demharter*, Grundbuchordnung, 32. Aufl. 2021, § 40 Rn. 18; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 142c; Vgl. schon *Milzer*, DNotZ 2009, 325 (326) m.w.N.

²² OLG Bremen, Urt. v. 29.11.2021 – 3 W 22/21, zitiert nach juris.

mit der Übertragung eines Rechts gleichgesetzt werden. Auch die analoge Anwendung des § 40 GBO auf Auflassungsvormerkungen nach der Rechtsprechung des BGH sei auf Grundschulden nicht übertragbar, da diese Grundpfandrechte nicht akzessorisch seien und überdies nicht nur kurzzeitig eingetragen würden. Beim Scheitern der beabsichtigten Grundstücksübertragung bliebe die Grundschuld eingetragen, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Das sei ein maßgeblicher Unterschied zu der Auflassungsvormerkung, die aufgrund ihrer Akzessorietät beim Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen sei. Dass die Finanzierungsgrundschuld wirtschaftlich der Übertragung des Grundstücks diene und im sachlichen Zusammenhang mit dieser im Grundbuch eingetragen werde, rechtfertige insoweit auch unter Wertungsgesichtspunkten keine rechtliche Gleichstellung mit dieser. Eine analoge Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO komme daher nicht in Betracht.

In der Ablehnung der Analogiefähigkeit und der Ansicht, § 40 GBO müsse als Spezialvorschrift eng am Wortlaut ausgelegt werden, sieht sich das OLG Bremen mit dem OLG Oldenburg in seiner Entscheidung vom März 2021 einig.²³

b) OLG Köln, OLG Celle, OLG Stuttgart u.a.: Anderer Ansicht

Die Oberlandesgerichte Köln²⁴, Celle²⁵, Stuttgart²⁶ und Frankfurt a.M.²⁷ sind schon länger anderer Ansicht. Sie hielten in Fällen, bei denen mit Erblässervollmacht eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden sollte, die vorherige Grundbuchberichtigung auf den Erben für überflüssig. Begründet wurde dies mit einer ähnlichen Interessenlage bei der Bewilligung von Vormerkungen und Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten und der Situation bei Testamentsvollstreckung. Infolgedessen wendeten sie die Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO entsprechend an.

Zu diesem Ergebnis kommt auch das Kammergericht Berlin in einem Beschluss vom Oktober 2020.²⁸ Der Gesetzgeber habe mit den Regelungen in § 40 Abs. 1 2. Alt. und Abs. 2 GBO, die nicht nur die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts betreffen, Erleichterung für Fälle schaffen wollen, in denen die Person des Erben noch nicht feststehe, aber die Erklärungen des Verfügenden (Erblasser, Nachlasspfleger, Testamentsvollstrecker) für und gegen den Erben bindend seien. Der Gesetzgeber habe die Regelung nicht auf Fälle beschränkt, in denen die Person des Erben unbekannt sei. Vielmehr seien auch solche erfasst,

²³ OLG Oldenburg, Urt. v. 23.3.2021 – 12 W 38/21, RhNotZ 2021, 303.

²⁴ OLG Köln, Urt. v. 16.3.2018 – 2 Wx 123/18, RhNotZ 2018, 397.

²⁵ OLG Celle, Urt. v. 16.8.2019 – 18 W 33/19, RhNotZ 2019, 633 ff.

²⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 2.11.2018 – 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578 f.

²⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.6.2017 – 20 W 179/17, RhNotZ 2018, 28.

²⁸ KG Berlin, Urt. v. 22.10.2020 – 1 W 1337/20, FGPrax 2021, 4.

in denen eine andere Person als der zur Zeit der Eintragung berechnigte Erbe die Bewilligung mit Wirkung für und gegen die Erben unabhängig von deren Ermittlung und deren Willen abgeben könne.²⁹ Dies sei auch bei einer Erblasservollmacht der Fall, weil auch ein Erwerber eines Nachlassgrundstücks, der dieses im Vertrauen auf eine notarielle Erblasservollmacht kaufen wolle, ein berechtigtes Interesse daran habe, den Vollzug des Vertrags betreiben zu können, ohne vorher die Erben ermittelt haben oder eintragen lassen zu müssen.³⁰ Im Ergebnis ist es dem Bevollmächtigten mit Erblasservollmacht nach Ansicht des Kammergerichts in analoger Anwendung des § 40 Abs. 1 2. Alt., Abs. 2 GBO möglich, ohne vorherige Eintragung des Erben zu verfügen, und zwar auch durch Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten. Dagegen soll derjenige, der aufgrund seiner Erbenstellung selbst verfügt, bei einer Belastung mit Grundpfandrechten ohne gleichzeitige Auflassung zuvor als Berechtigter eingetragen werden müssen. Insoweit macht nach Ansicht des KG das Handeln aufgrund Erblasservollmacht den entscheidenden Unterschied. Denn bei vom Erben bewilligten Grundschulden ohne gleichzeitigen Eigentumsübergang soll die Voreintragung des Erben gerade nicht entbehrlich sein.³¹

Damit hat die verkäuferfreundliche Ansicht der Entbehrlichkeit der Voreintragung beim Handeln aufgrund Erblasservollmacht eine weitere obergerichtliche Entscheidung hinzugewonnen.

Im Schrifttum wurde schon länger eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 2. Alt., Abs. 2 GBO befürwortet mit der Erwägung, dass eine Erblasservollmacht ähnlich einer Nachlasspflegschaft zu behandeln sei.³² Es könne nicht angehen, dass ein Nachlasspfleger, der nur ausnahmsweise und subsidiär, wenn keine andere Person geeignet und bevollmächtigt ist, den Nachlass abzuwickeln, ins Amt komme, weitergehende Befugnisse habe als diejenige Person, die ihre Berechnigung direkt vom Erblasser ableite.³³ Außerdem würde bei einer Finanzierungsgrundschuld der Erbe ebenso schnell wieder aus dem Grundbuch gelöscht wie bei einem Übertragungsvorgang. Daher sei auch sachlich eine analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO gerechtfertigt, der Kurzeintragungen verhindern solle.³⁴

²⁹ KG Berlin, a.a.O., Rn. 10.

³⁰ KG Berlin, a.a.O., Rn. 1.

³¹ KG Berlin, a.a.O., 1. Leitsatz der Entscheidung.

³² *Milzer*, DNotZ 2009, 325 (326 ff.); *von Schwander*, RhNotZ 2019, 57 (72); für eine Erweiterung des § 40 Abs. 2 Grundbuchordnung plädierte auch *Findeklee*, *Zerb* 2007, 173 f.; *Ott*, notar 2018, 189 (190).

³³ *von Schwander*, RNotZ 2019, 57 (72).

³⁴ *Milzer*, DNotZ 2009, 325 (326 ff.); *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl. 2020, § 40 Rn. 28; *Ott*, notar 2018, 189 (190).