
BGB §§ 1896, 167, 2113; GBO § 40 Transmortale Vollmacht; Vertretung der Erbeserben bei vom Erben angeordneter Vor- und Nacherbfolge; transmortale Vollmacht nach Grundbuchberichtigung; Voreintragung

I. Sachverhalt

Eine Erbengemeinschaft ist im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Die Erbenstellung beruht auf gesetzlicher Erbfolge. Der Erblasser hatte einem der Miterben zu Lebzeiten eine nicht widerrufene notarielle transmortale General- und Vorsorgevollmacht erteilt. Einer der Erben ist zwischenzeitlich nachverstorben und hat durch notarielle Verfügung von Todes wegen eine nicht befreite Vor- und Nacherbschaft angeordnet. Vorerben sind zwei seiner Kinder, Nacherben deren jeweilige „leibliche Abkömmlinge“. Die Grundbuchberichtigung auf die Vorerben ist noch nicht erfolgt. Nunmehr soll ein Grundstück, das sich im Nachlass des ursprünglichen Erblassers befindet, verkauft werden. Es ist aufgrund der Vielzahl der im Grundbuch eingetragenen Erben beabsichtigt, dass bei dem Verkauf die Erbengemeinschaft durch den transmortal seitens des ursprünglichen Erblassers bevollmächtigten Miterben vertreten wird.

II. Fragen

1. Sind bei dem Verkauf durch den Vorsorgebevollmächtigten die Beschränkungen der Vor- und Nacherbschaft (auf Ebene der Erbeserben) zu berücksichtigen?
2. Kann eine Finanzierungsgrundschuld aufgrund der durch den Vorsorgebevollmächtigten erteilten Finanzierungsvollmacht ohne vorherige Grundbuchberichtigung auf die Vorerben bestellt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Kein Erlöschen der Vollmacht aufgrund von Konfusion

Zunächst fragt sich, ob die Vollmacht mit dem Tod des Erblassers erloschen ist. Grundsätzlich kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers Rechtsgeschäfte tätigen, weil die Vollmacht **im Zweifel über den Tod hinaus** besteht (§§ 672 S. 1, 168 S. 1 BGB). Ergibt sich dazu nichts aus der Vollmacht, so ist allerdings die Vollmacht im Verkehr mit dem Grundbuchamt nur brauchbar, wenn in öffentlich-beglaubigter Form **nachgewiesen** wird, dass ihr ein über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3570). Nach dem mitgeteilten Sachverhalt gehen wir davon aus, dass die Vollmacht ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus erteilt wurde und somit nicht erloschen ist.

Fraglich ist, ob die Vollmacht wegen **Konfusion** erloschen ist, weil der **Bevollmächtigte gleichzeitig Miterbe** ist. Ob Vollmachten durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte den Erben beerbt, ist umstritten. Ist der Bevollmächtigte Miterbe geworden, soll die Vollmacht nach Auffassung des OLG Schleswig (MittBayNot 2015, 132, 134 = RNotZ 2015, 85, 88 = DNotI-Report 2014, 182) und der h. A. in der Literatur fortbestehen (vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 112811; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, § 168 Rn. 56; MünchKommBGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn. 69; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 35 GBO Rn. 22; Kurze, ZErB 2008, 399, 408; Herrler, DNotZ 2017, 508, 524 f.; a. A. Bestelmeyer, Rpfleger 2015, 11; BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.5.2018, § 2197 Rn. 153). Nach Auffassung des OLG München kann die Frage nach dem Erlöschen der Vollmacht jedoch offenbleiben, wenn sich der Bevollmächtigte nicht auf seine Stellung als Miterbe beruft und auch kein Nachweis über die Erbfolge in grundbuchmäßiger Form (§ 35 GBO) erbracht ist. Es sei dann vom Fortbestehen der Vollmacht auszugehen (OLG München NJW 2016, 3381 = MittBayNot 2017, 138 Tz. 26 ff.).

Im **Ergebnis** ist somit festzuhalten, dass sich keine Schwierigkeiten ergeben, wenn sich der bevollmächtigte Miterbe nicht auf seine Erbenstellung beruft. Für den

Fall, dass die Vollmacht im Hinblick auf seine Person tatsächlich wegen Konfusion erlöschen sollte, bietet es sich an, dass der Miterbe subsidiär die Erklärungen zugleich im eigenen Namen abgibt (Herrler, DNotZ 2017, 508, 518 f.).

2. Vertretung der Erbeserben

Der Bevollmächtigte vertritt nicht mehr den Erblasser, sondern den oder die Erben des ursprünglichen Vollmachtgebers. Er kann nach allgemeiner Ansicht im Rahmen seiner Vertretungsmacht mit Wirkung für und gegen die Erben und ohne deren Zustimmung alle Rechtsgeschäfte tätigen, die auch der Erblasser selbst hätte tätigen können. Allerdings bezieht sich die Wirkung der Vollmacht für und gegen die Erben immer nur auf den Nachlass, nicht etwa auf die sonstigen Angelegenheiten der Erben (insbesondere deren Privatvermögen), denn insofern können nur die Erben selbst wirksam Vollmacht erteilen (MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 39; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 168 Rn. 32; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 168 Rn. 31; Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, Vor § 2197 Rn. 10).

Im vorliegenden Fall ist einer der Erben verstorben. Das wirft die Frage auf, ob der Bevollmächtigte auch die **Erbeserben** des Erblassers **vertreten** kann. Der Erbeserbe tritt in die Rechtsstellung des Erben vollumfänglich ein. Der Gesamthandsanteil am Nachlass geht auf den Erbeserben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über (vgl. §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB; vgl. BeckOGK-BGB/Preuß, Std.: 1.5.2019, § 1922 Rn. 113, 320). So wie die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten zur Vertretung des Erben im Hinblick auf den Nachlass berechtigt, gilt dies auch für eine Vertretung des Erbeserben als des weiteren Gesamtrechtsnachfolgers des Erblassers (Weidlich, ZEV 2016, 57, 59).

3. Auffassung durch Bevollmächtigten nach Voreintragung der Erben

Im vorliegenden Fall ist eine Grundbuchberichtigung erfolgt, die Erben der Obererbgemeinschaft wurden bereits im Grundbuch eingetragen. Das wirft die Frage auf, ob die transmortale Vollmacht gleichwohl noch zur Vertretung der Erben berechtigt.

Das OLG Frankfurt (ZEV 2014, 202, 204) hat im Anschluss an Bestelmeyer (Rpfler 2008, 552, 563) ohne nähere Begründung die mittlerweile wohl **überwiegende Ansicht** vertreten, dass der transmortal Bevollmächtigte auch **nach Eintragung der Erben im Grundbuch** ohne Mitwirkung der Erben die Umschreibung auf denjenigen, gegenüber dem er aufgrund der Vollmacht die Auffassung erklärt hat, bewirken könne. Dieser Rechtsprechung hat sich die bislang das Urteil

besprechende Literatur (Sagmeister, MittBayNot 2013, 107, 108; Mensch, ZEV 2016, 423, 424; Weidlich, ZEV 2016, 57, 59) ohne nähere Begründung angeschlossen. Es wird aber auch die **Gegenauffassung** vertreten (BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.3.2019, Sonderbereich Vertretungsmacht, Rn. 49). Sie wird damit begründet, dass es an der Voreintragung des Erblassers im Zeitpunkt der Vornahme der Verfügung gefehlt habe.

Zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch bedarf es nach ganz h. M. (siehe zum Meinungsstand Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 40 ff.; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 20 Rn. 6) neben des Nachweises der materiellen Einigung i. S. d. § 873 BGB (§ 20 GBO) auch der formellen Bewilligung des § 19 GBO. Der Bevollmächtigte muss daher aufgrund der transmortalen Vollmacht den Erben sowohl bei der materiell-rechtlichen Einigung gem. § 873 BGB als Voraussetzung des § 20 GBO als auch bei der Abgabe der formellen Bewilligung gem. § 19 GBO vertreten können. Beide Erklärungen müssen mithin vom **Umfang der Vollmacht** gedeckt sein. Der Umfang der Vertretungsmacht des transmortal Bevollmächtigten leitet sich allein von dem verstorbenen Vollmachtgeber, dem Erblasser, ab. Die Vollmacht bezieht sich ausschließlich auf dessen Nachlass, nicht aber auf das sonstige Vermögen des Erben (BeckOK-GBO/Reetz, Rn. 49). Der Bevollmächtigte kann in Bezug auf den Nachlass alle Rechtsgeschäfte derart vornehmen, wie dies der Erblasser zu seinen Lebzeiten selbst hätte tun können (BeckOK-GBO/Reetz, Rn. 49; OLG Hamburg DNotZ 1967, 30, 31). Der Bevollmächtigte kann daher im Namen des Erben über einen Nachlassgegenstand verfügen. Er kann grundsätzlich auch eine Auffassung gem. §§ 873, 925 BGB im Namen des Erben erklären. Insofern könnte man indes erwägen, ob eine transmortale Vollmacht nicht grundsätzlich dahingehend auszulegen ist, dass der Bevollmächtigte dann nicht mehr zur Erklärung der Auffassung berechtigt ist, wenn der Erbe im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Gegen ein Erlöschen der Verfügungsmacht des Bevollmächtigten allein aufgrund einer Änderung der formellen Rechtslage kann man freilich einwenden, dass der Erbe, wenn er nicht mehr durch den Bevollmächtigten vertreten werden will, stets die Möglichkeit hat, die Vollmacht zu widerrufen.

Problematischer erscheint jedoch, dass sich mit Eintragung des Erben im Grundbuch die materielle Rechtslage insofern ändert, als ab diesem Zeitpunkt gem. § 891 BGB vermutet wird, dass der Eingetragene Eigentümer ist, und zwar unabhängig vom Grund des Eigentumsübergangs. Es erscheint mithin zweifelhaft, dass ihm ab diesem Zeitpunkt trotz der Rechtsscheinwirkung des Grundbuchs nicht nur die Erklärung eines von ihm Be-

vollmächtigten, sondern auch die Erklärung eines von einem früheren Eigentümer Bevollmächtigten zugeordnet werden können soll.

Geht man davon aus, dass die transmortale Vollmacht den Bevollmächtigten auch nach Eintragung der Erben im Grundbuch berechtigt, für die Erben Verfügungen über den Grundbesitz vorzunehmen, so kann dieser für diese die Auffassung gem. §§ 873, 925 Abs. 1 BGB erklären, welche dem Grundbuchamt gem. § 20 GBO für die Eintragung der Eigentumsumschreibung nachzuweisen ist.

U. E. sprechen dennoch die besseren Gründe für die Richtigkeit der Auffassung des OLG Frankfurt und für die Annahme, dass die **Vollmacht auch zur Vertretung der Erben nach der Grundbuchberichtigung ermächtigt**. Im Ausgangspunkt ist festzuhalten, dass der Bevollmächtigte die Erben vertreten kann, soweit es um Nachlassvermögen geht. Die Grundbuchberichtigung ändert nichts daran, dass es sich bei dem Grundbesitz um Nachlassvermögen handelt. Vielmehr geht gerade aus der Grundbuchberichtigung selbst hervor, dass es sich um einen Fall der Gesamtrechtsnachfolge handelt und den Erben das Vermögen in Erbengemeinschaft zusteht. Demzufolge existiert auch eine hinreichende Basis für die Annahme, dass die vom Erblasser erteilte Vollmacht den Bevollmächtigten in Bezug auf den auf die Erbengemeinschaft umgeschriebenen Grundbesitz berechtigt. Auch das Argument der fehlenden Voreintragung des Erblassers kann nicht überzeugen. Denn der Berechtigte, für den der Bevollmächtigte nach dem Erbfall handeln kann (die Erben), wurde gerade im Grundbuch eingetragen. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OLG Frankfurt hat bislang allerdings weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung stattgefunden. Es ist derzeit unklar, wie ein solcher Fall höchststrichterlich entschieden würde.

4. Auswirkungen der Anordnung von Vor- und Nacherbfolge durch einen Miterben

Fraglich ist jedoch, ob der Bevollmächtigte den **Beschränkungen der Vor- und Nacherbfolge** nach § 2113 BGB unterworfen ist. Hat der bevollmächtigende Erblasser die Vor- und Nacherbfolge selbst angeordnet, sind die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB dem Grunde nach anwendbar. Umstritten ist lediglich, ob der Bevollmächtigte Zustimmungserklärungen auch für die Nacherben erteilen kann (vgl. jüngst OLG München, Beschl. v. 14.6.2019 – 34 WX 237/18 und OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.5.2019 – 8 W 160/19, beide Entscheidungen veröffentlicht in DNotI-Report 15/2019, S. 125 ff., sowie Gutachten DNotI-Report 2018, 60; Weber, DNotZ 2018, 884, 900).

Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass nicht der Erblasser selbst, sondern einer der Erben Vor- und Nacherbfolge angeordnet hat. Zu prüfen ist daher, ob § 2113 BGB für eine Verfügung in Bezug auf den Grundbesitz der Erbengemeinschaft gilt, wenn die Vor- und Nacherbfolge nur auf **Ebene der Untererbengemeinschaft** angeordnet wurde. Rechtsprechung und Literatur verneinen diese Frage (BGH NJW 1978, 698; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 1.3.2019, § 2113 Rn. 22; MünchKommBGB/Grunsky, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 4). § 2113 Abs. 1 BGB erfasst nur Verfügungen über Grundstücke, die selbst der Nacherbenbindung unterworfen sind, nicht aber Verfügungen von durch einen Nacherbenvermerk gebundenen Gesamthändern, zu deren Gesamthandsvermögen Grundbesitz zählt. Begründet wird dies vor allem mit dem Schutzbedürfnis der anderen Miterben der Obererbengemeinschaft. Die Anordnung der Verfügungsbeschränkung würde sich zulasten der anderen Gesamthänder auswirken, da diese über das Grundstück insgesamt nur mit Mitwirkung der Nacherben verfügen könnten. Hiermit wäre eine weitgehende Blockade im Hinblick auf die anderen Gesamthänder verbunden (BGH NJW 1978, 698; so auch zur Gütergemeinschaft BGH NJW 2007, 2114 Tz. 9, 11; OLG München ZEV 2016, 393, 394).

Demzufolge greifen die auf der Ebene der Untererbengemeinschaft geltenden Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB nicht ein, wenn der Bevollmächtigte in Vertretung für sämtliche Erben und Erbeserben das Nachlassgrundstück veräußert.

5. Voreintragung der Erbeserben

Schließlich stellt sich die Frage, ob eine **Voreintragung der Erbeserben** im Grundbuch erforderlich ist. Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen wenn die Person, deren Rechte durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da die Erbeserben des eingetragenen Berechtigten noch nicht im Grundbuch eingetragen wurden.

Nach § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist die Voreintragung entbehrlich, wenn die Person, deren Recht von der Bewilligung betroffen wird, Erbe ist und die Übertragung eines Rechts eingetragen werden soll. Dies gilt auch dann, wenn der Erbe durch einen **transmortal Bevollmächtigten** vertreten wird (OLG Dresden ZEV 2012, 330, 340; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140; LG Stuttgart ZEV 2009, 198; Weber, DNotZ 2018, 884, 895). Die Vorschrift findet ebenfalls Anwendung, wenn es zu einem zweiten Erbfall gekommen ist und die vertretenen **Erbeserben** noch nicht im Grundbuch eingetragen wurden (RGZ 53, 298, 305; Bauer, in:

Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rn. 8; Weber, DNotZ 2018, 884, 906; für analoge Anwendung des § 40 GBO auf alle Gesamtrechtsnachfolgen jüngst auch BGH DNotZ 2018, 914 Tz. 8).

Eine Voreintragung dürfte daher entbehrlich sein, soweit es um die Eintragung der Auffassung geht. Fraglich ist aber, ob dies auch für die Finanzierungsgrundschuld gilt. Die Rechtsprechung bejaht mittlerweile überwiegend die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErb 2018, 337; a. A. KG FGPrax 2011, 270). Die Auffassungen in der Literatur sind geteilt (für Entbehrlichkeit der Voreintragung Cramer, ZfIR 2017, 834; Milzer, DNotZ 2009, 325, 325 ff.; ders., MittBayNot 2018, 248, 248 f.; Ott, notar 2018, 189, 190; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 40 Rn. 28; hiergegen Bauer, § 40 Rn. 19; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.6.2019, § 40 Rn. 20; Kurze, ZErb 2008, 399, 401; Ivo, ZErb 2006, 7, 10; Schöner/Stöber, Rn. 142). Es sollte daher mit dem Grundbuchamt vorab geklärt werden, welcher Rechtsauffassung es sich anschließt.