

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

Thekla Schleifenbaum

Die trans- und postmortale Vorsorgevollmacht 1

Rüdiger Pamp

Missbrauch von Vorsorgevollmachten – das „abgeräumte Bankkonto“ .. 37

Tanja Henking

Patientenverfügungen – empirische Befunde und normative
Überlegungen 65

Wang Qiang

Die Erbenhaftung für Nachlassverbindlichkeiten im sich wandelnden
Erbrecht Chinas im Vergleich zum deutschen Erbrecht 75

Christoph Karczewski

Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und sonstigen Zivilrecht 147

Jan Hüchtebrock

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 Erblasservollmacht 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 Auffassung 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 Erblasservollmacht eher kontraproduktiv.

III. Überwindung von Beschränkungen in der Person des Erben

Als interessant kann sich eine Erblasservollmacht 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 Erblasservollmacht 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 Erblasservollmacht 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 Erblasservollmacht nicht immer auf von Rechtssicherheit geprägtem Gebiet.

C. Akzeptanzprobleme nach Fallgruppen

I. Voreintragungsgrundsatz oder Befreiung analog § 40 GBO?

Die Praxistauglichkeit der Erblasservollmacht 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 Erblasservollmachten dem Grundbuchamt vorgelegt werden, ist noch der Erblasser im Grundbuch eingetragen. Die Bewilligungen jedoch erfolgen, auch wenn sie aufgrund Erblasservollmacht 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 Erblasservollmacht 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 Ausnahmenvorschrift 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 Ausnahmegvorschrift 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 Erblasservollmacht 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 Ausnahmegvorschrift 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*, RhNotZ 2019, 57 (72).

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

Aus Verkäufersicht und mit Blick auf die Gebührenersparnisse stoßen diese Stimmen und Entscheidungen auf positive Resonanz. Ein Präjudiz ist dies allerdings nur für Grundbuchämter in den Zuständigkeitsbereichen der jeweiligen Oberlandesgerichte. In anderen Regionen, in denen noch keine ausdrückliche obergerichtliche Entscheidung vorliegt, bleibt es vielstimmig und sehr rechtsunsicher. Ob sich dort die Rechtspfleger von der obergerichtlichen Rechtsprechung außerhalb ihres Bereichs beeindrucken lassen, wird im Einzelfall zu klären sein und, für die streitbareren Geister, möglicherweise auch durchzufechten sein. Einem Käufer wird jedoch mit einer langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung nicht geholfen sein. Daher sollte in den Fällen vielmehr im Vorfeld mit dem Grundbuchamt abgestimmt werden, ob die Erblasservollmacht auch aus dortiger Sicht ausreichend ist, um die Grundschuld zu bestellen. Andernfalls lockt man den Käufer in eine Falle.³⁵

II. Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion?

Eine Erblasservollmacht an den Alleinerben als Bevollmächtigten über den Tod des Erblassers hinaus erscheint zunächst eine denkbar unproblematische Konstellation: Missbrauchs-, Widerrufs- und Abstimmungsrisiken bestehen keine; die wirtschaftlichen Folgen von Verfügungen treffen materiell-rechtlich stets dieselbe Person.

Dennoch ist die Tauglichkeit von Erblasservollmachten für den Grundbuchvollzug bei Personenidentität von Erbe und Bevollmächtigtem nicht abschließend geklärt.

1. Bisher überwiegende Rechtsprechung

Die wohl überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung in der Vergangenheit hielt die Vollmacht an den Alleinerben für erloschen. Begründet wurde dies mit konfusions- oder konsolidationsähnlichen Überlegungen. Argumentiert wird zum einen verfahrensrechtlich in dem Sinne, dass die Legitimationswirkung der Erblasservollmacht bei bekannter oder offengelegter Personenidentität von Bevollmächtigtem und Erben zerstört sei.³⁶ Zum anderen seien auch ma-

³⁵ Neben der vorherigen Klärung mit dem Grundbuchamt kann man noch weitere Gestaltungsüberlegungen anstellen, wie eine mögliche Abwicklung über Notaranderkonto oder eine Verpfändung der Auflassungsvormerkung. Allerdings ist zu bedenken, dass die Anderkontenabwicklung Gebühren auslöst und die finanzierende Bank mit dieser, inzwischen unüblich gewordenen Vorgehensweise einverstanden sein muss. Angesichts der dahinterstehenden Gebührensparnsamkeit in Bezug auf die Grundbuchberichtigung, ist es praktisch fraglich, ob die Beteiligten in dem Fall die Kosten einer Anderkontoabwicklung nicht genauso scheuen. Zu Finanzierungsmöglichkeiten bei rechtlicher Unmöglichkeit einer Vorwegbeileihung vgl. *Findeklee*, ZErb 2007, 172 (173 f.); *Milzer*, DNotZ 2009, 325.

³⁶ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3572a.

teriell-rechtlich durch die Alleinerbenstellung alle schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Erblasser und Alleinerben untergegangen und damit auch eine Vollmacht erloschen.³⁷

Vor dem Hintergrund dieser fast einhellig ablehnenden Ansicht der Rechtsprechung wurde sogar die Frage gestellt, ob eine trans- oder postmortale Vollmacht an den bevollmächtigten Alleinerben wertlos sei.³⁸ Insoweit gab es Anreize, den Tod des Vollmachtgebers lieber zu verschweigen, um nicht Zweifel an der Legitimationswirkung der Vollmacht aufkommen zu lassen.³⁹ Eine solche Empfehlung ist unter Mitwirkung eines Notars freilich schwierig. Denn die notariellen Amtspflichten und die Redlichkeit verbieten es, verstorbene Personen wissentlich als Urkundsbeteiligte aufzuführen und damit eine unzutreffende Vorstellung im Rechtsverkehr entstehen zu lassen.

Lange Zeit stach lediglich die Einzelstimme des Landgerichts Bremen heraus, welches das Konfusionsargument ausdrücklich ablehnte und die Erblasservollmacht des Alleinerben ohne Mitteilung sonstiger Besonderheiten als fortbestehend ansah.⁴⁰ Der BGH erkannte als Ausnahme von der regelmäßigen Konfusion bei angeordneter Testamentsvollstreckung eine dem Alleinerben erteilte Erblasservollmacht als insoweit weiterhin wirksam an, wie der Alleinerbe durch Testamentsvollstreckung beschränkt war.⁴¹

2. Plädoyer für Fortgeltung im Schrifttum

Im Schrifttum wird seit langem das erhebliche praktische Bedürfnis des Rechtsverkehrs und der Rechtssicherheit an der Fortgeltung der Erblasservollmacht auch in diesem Fall hervorgehoben. Zum einen benötige auch der Alleinerbe, gleichermaßen wie ein Nichterbe oder ein Miterbe, schnelle Handlungsmöglichkeiten durch Erblasservollmacht auch ohne Erbnachweis. Zum anderen sei auch oft für den Rechtsverkehr nicht erkennbar, ob es sich um den Alleinerben, einen Nicht- oder Miterben handele, vor allem, wenn kein Erbnachweis vorliege. Die Legitimationswirkung der Erblasservollmacht im Rechtsverkehr von diesem, nicht erkennbaren Umstand abhängig zu machen, gefährde die Rechtssicherheit.⁴² Dem Konfusionsargument wurde entgegengehalten, eine Konfu-

37 Konfusionsargument im engeren Sinne: OLG München, Urt. v. 31.8.2016 – 34 Wx 273/16, DNotI-Report 2016, 163; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 27.6.2017 – 20 W 179/17, RhNotZ 2018, 28; OLG Hamm, Urt. v. 10.1.2013 – I-15 W 79/12, DNotZ 2013, 689 (690); Schon OLG Stuttgart, NJW 1948, 627.

38 Vgl. Herrler, DNotZ 2017, 508 ff.

39 Vgl. Keim, MittBayNot 2017, 111 (114) „... Schweigen ist Gold“.

40 LG Bremen, Rpfleger 1993, 235.

41 BGH NJW 1967, 2399; im Ergebnis auch so OLG München, Urt. v. 26.7.2012 – 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230, ohne jedoch eine Ausnahme vom Konfusionsargument zu akzeptieren.

42 Herrler, DNotZ 2017, 508 (523); Weidlich, ZEV 2016, 57 (63); Zimmer, NJW 2016, 3341 (3342); Keim, DNotZ 2013, 694; Lange, ZEV 2013, 343.

sion liege begrifflich nicht vor. Denn eine erteilte Vertretungsmacht sei weder Forderung noch Verbindlichkeit. Daher mangle es an der konstruktiven Vereinigung von Anspruchsinhaberschaft und Schuldnerstellung als Merkmal der Konfusion.⁴³ Hängen blieb der aus dem allgemeinen Stellvertretungsrecht gefolgerte Grundsatz, dass Vertretener und Vertreter unterschiedliche Personen zu sein haben (vgl. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Zu dessen Überwindung werden Besonderheiten im Erbrecht herangezogen, insbesondere sei die Trennung von Nachlassvermögen und Eigenvermögen des Erben schon im Gesetz angelegt.⁴⁴ Auch ist der Konfusionsgedanke in Bezug auf Forderungen kein Prinzip ohne Ausnahme. Dies zeigen die Vorschriften der §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 BGB. Selbst über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus hat der BGH die Vereinigung von Forderung und Schuld nicht etwa als logisch zwingenden Erlöschensgrund angesehen. Vielmehr sei „vom Fortbestehen der Forderung auszugehen, wo dies nach der Interessenlage etwa mit Rücksicht auf Rechte Dritter an der Forderung geboten erscheint“.⁴⁵

3. Neuere Entscheidungen des KG

In diesem Streitstand sind zwei jüngere Entscheidungen des Kammergerichts vom 22. Oktober 2020⁴⁶ und vom 2. März 2021⁴⁷ bemerkenswert. Als erstes Obergericht schließt sich das Kammergericht der überwiegenden Ansicht in der Literatur an.

Nach Ansicht des Kammergerichts genügt eine transmortale Erblasservollmacht zum Nachweis der Vertretungsmacht auch dann, wenn der Bevollmächtigte erklärt, Alleinerbe des Erblassers zu sein. Es bedürfe dazu keines Nachweises der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO. Die Vollmacht erlösche nicht ohne weiteres durch Zusammenfallen von Vertreter und vertretener Person. Auch wenn es begrifflich ausgeschlossen sei, sich selbst zu vertreten, seien doch vom Erblasser abgeleitete Befugnisse als fortbestehend zu behandeln, wenn dies berechnete Interessen geböten. Das sei der Fall, wenn die „Vollmacht dem Bevollmächtigten materiell- oder verfahrensrechtlich weitergehende Befugnisse und Handlungsmöglichkeiten eröffne und keine schutzwürdigen In-

⁴³ Herrler, DNotZ 2017, 508 (520) m.w.N.; von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (60); Vgl. Übersicht zu diversen Stellungnahmen für und gegen das Konfusionsargument Tschauer, Die postmortale Vollmacht, 2002, 109; Papenmeier, Transmortale und postmortale Vollmacht als Gestaltungsmittel, 2013, 47 ff.

⁴⁴ Vgl. von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (60 bei Fn. 29).

⁴⁵ BGH, Urt. v. 14.6.1995 – IV ZR 212/94, DNotZ 1996, 642 (644); BGH, Urt. v. 18.4.2000 – III ZR 194/99, NJW-RR 2000, 1405 (1408); Rachlitz/Vedder, notar 2021, 322 (325); Zum „konfusen Konfusionsargument“ auch Merten, DÖV 2019, 41.

⁴⁶ KG, Urt. v. 22.10.2020 – 1 W 1357/20, MDR 2021, 162.

⁴⁷ KG, Urt. v. 2.3.2021 – 1 W 1503/20, www.dnoti.de (27.10.2022).

teressen Dritter oder des Rechtsverkehrs“ entgegenstünden.⁴⁸ Da eine fortwirkende Erblasservollmacht dem Erben im Grundbuchverfahren weitergehende Handlungsmöglichkeiten biete, sei sie anzuerkennen, so der Senat. Infolgedessen seien Rechtsnachfolgenachweise nach § 35 GBO und eine Voreintragung des Erben nach § 39 GBO entbehrlich.

Auch müsse die Erbfolge dann nicht in der Form des § 35 GBO nachgewiesen werden, wenn die Vollmacht durch Personenidentität unwirksam würde. Die Legitimitätswirkung der Vollmachtsurkunde entfalle nur (§ 173 BGB), wenn der Bevollmächtigte tatsächlich Alleinerbe wäre. Das sei aber durch die bloße Mitteilung nicht belegt. Zweifeln am Fortbestand der Vollmacht müsse und dürfe das Grundbuchamt nur nachgehen, wenn das Erlöschen der Vollmacht Auswirkungen auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung und der Wirksamkeit der Bewilligung haben könne. Genau das sei zu verneinen. Die Bewilligungserklärung sei dem Erben in jedem Fall zuzurechnen, entweder aus eigener Rechtsmacht oder als Vertretener gemäß §§ 164 Abs. 1, 167 Abs. 1 BGB. Eine dritte Möglichkeit bestehe nicht. Nachweise, die für die Eintragung nicht relevant seien, dürften nicht verlangt werden. Die Nachweisanforderungen im Grundbuchverfahren seien kein Selbstzweck, sondern sollten verlässliche Eintragungsgrundlagen und eine Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen sicherstellen. Dem sei mit der formgerechten Vollmachtsurkunde Genüge getan.⁴⁹ Damit stellt sich der Senat ausdrücklich gegen die Entscheidungen des OLG Hamm von 2013 und des OLG München von 2016.

Ob diese Rechtsprechung aus Berlin nun auch den Spuk der Entscheidungen des 34. Zivilsenats des OLG München aus den Jahren 2016 und 2017⁵⁰ beendet, wird sich weisen. Als abschließend geklärt kann man die Frage leider auch nach diesen Entscheidungen nicht betrachten. Jedoch eröffnen sie Raum für die Abwägung betroffener Interessen.⁵¹ Diese zwei Entscheidungen lassen sich immerhin zitieren, um das Grundbuchamt zu überzeugen, trotz möglicher Personenidentität von Erbe und Bevollmächtigtem vom Fortbestehen der Wirksamkeit der Erblasservollmacht auszugehen. In jedem Fall stärken sie die Verwendbarkeit von Erblasservollmachten im Rechtsverkehr.

Als gefahrlose Gestaltungsempfehlung freilich darf das nicht verstanden werden. Außerhalb des Bereichs des KG Berlin bleibt es daher bei der Empfehlung, die Vorgehensweise aufgrund von Erblasservollmacht beim Alleinerben

⁴⁸ KG, Urt. v. 2.3.2021 – 1 W 1503/20, Ziff. 4.

⁴⁹ KG, Urt. v. 2.3.2021 – 1 W 1503/20, Ziff. 5 (6).

⁵⁰ OLG München, Urt. v. 4.8.2016 – 34 Wx 110/16, FG Prax 2016, 205: Vertretungsmacht des Alleinerben bestand fort; OLG München, Urt. v. 31.8.2016 – 34 Wx 273/16, MittbayNot 2017, 140: Legitimationswirkung der Erblasservollmacht sei entfallen, da der Beteiligte ausdrücklich als Alleinerbe aufgetreten sei; OLG München, Urt. v. 4.1.2017 – 34 Wx 382/16, 34 Wx 383/16, MittBayNot 2017, 142: Legitimationswirkung der Erblasservollmacht entfällt durch Vorlage des Testaments nebst Eröffnungsniederschrift, aus dem sich die Alleinerbenstellung ergibt.

⁵¹ *Rachlitz/Vedder*, notar 2021, 322 (325).

mit dem zuständigen Grundbuchamt im Vorhinein abzustimmen, um Überraschungen zu vermeiden.

III. Konkurrenz zu Nachlassfürsorgeämtern

Die Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten aufgrund Erblasservollmacht können in Konkurrenz stehen zu einer vom Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung, zu den Befugnissen eines vom Nachlassgericht eingesetzten Nachlassverwalters (§ 1981 BGB), Nachlasspflegers (§ 1961 BGB) oder eines Nachlassinsolvenzverwalters. Es ist fraglich, ob diese Rechtsinstrumente parallel zu einander bestehen können und wie sich das Verhältnis zwischen den widerstreitenden Befugnissen darstellt.

1. Testamentsvollstreckung und Erblasservollmacht

Dass neben der Testamentsvollstreckung eine Erblasservollmacht möglich, wirksam und zulässig bleibt, ist allgemein anerkannt. In verschiedenen Fällen hatte sich die Rechtsprechung⁵² mit der Koexistenz von Erblasservollmacht und Testamentsvollstreckung auseinanderzusetzen. Beide Instrumente dienen unterschiedlichen Zwecken und können vom Erblasser parallel oder kumulativ zur Umsetzung seines Willens über den Tod hinaus eingesetzt werden. Fraglich bleibt, ob und inwiefern die Vollmacht die Testamentsvollstreckung beschränkt und umgekehrt, die Testamentsvollstreckung die Vollmacht.

Wird dem Testamentsvollstrecker selbst zusätzlich zu seinem Amt eine Erblasservollmacht erteilt, besteht Einigkeit, dass der Testamentsvollstrecker bei dem jeweiligen Rechtsgeschäft offenzulegen hat, ob er aufgrund Erblasservollmacht handelt oder als Testamentsvollstrecker.⁵³ Soweit er aufgrund Erblasservollmacht handelt, unterliegt er nicht den Beschränkungen des Testamentsvollstreckers. § 2205 S. 3 BGB gilt dann nicht. Als Bevollmächtigter könnte er auch unentgeltliche Verfügungen treffen, soweit dies nicht einen Missbrauch der Vollmacht darstellt.⁵⁴ Die verstärkende Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers kann hilfreich sein, um die Zeit bis zur Eröffnung des Testaments und Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu überbrücken und um teil- oder gänzlich unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers ausdrücklich zu ermöglichen.

Auch wenn Bevollmächtigter der Erblasservollmacht nicht der Testamentsvollstrecker, sondern einer der Erben oder ein Dritter ist, gelten für den Bevoll-

⁵² Vgl. nur BGH, NJW 1967, 2399; OLG München, Urt. v. 26.7.2012 – 34 Wx 248/12, MittBayNot 2013, 230.

⁵³ Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 12 m.w.N.

⁵⁴ BGH, NJW 1962, 1718.

mächtigten nach einhelliger Ansicht nicht die Beschränkungen der §§ 2211 ff. BGB, und zwar auch dann nicht, wenn von dem Rechtsgeschäft Vermögenswerte betroffen sind, die eigentlich gemäß der letztwilligen Verfügung der Testamentsvollstreckung unterliegen. Grund ist, dass der durch Erblasservollmacht Bevollmächtigte seine Befugnisse direkt vom Erblasser ableitet. Der Bevollmächtigte kann damit für die Vermögensmasse des Nachlasses genauso handeln, wie der Erblasser selbst hätte handeln können.

Selbst eine zeitliche Reihenfolge von Testament und Vollmacht soll unerheblich sein.⁵⁵ Der Testamentsvollstrecker hat die Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten für und gegen den Nachlass gelten zu lassen. Auch wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt antritt, wird der Umfang der Vollmacht des Bevollmächtigten nicht auf Befugnisse der Erben begrenzt.⁵⁶

Allerdings gelten die Grundsätze der dinglichen Surrogation nach § 2041 BGB auch für Rechtsgeschäfte aufgrund Erblasservollmacht: Die Gegenstände, die aufgrund der Erblasservollmacht erworben werden, etwa ein erzielter Kaufpreis, erhalten aufgrund der dinglichen Surrogation die Eigenschaft als Nachlassgegenstand. Sie unterliegen damit, je nach Ausgestaltung der letztwilligen Verfügung, auch der Testamentsvollstreckung.

Das Nebeneinander der Befugnisse kann zu widersprechenden Verfügungen von Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem führen. Daher stellt sich die Frage, wer eine solche Erblasservollmacht widerrufen darf, der Erbe oder der Testamentsvollstrecker.

Zum Widerruf der Erblasservollmacht ist grundsätzlich der Erbe, bei Erbengemeinschaften jeder Miterbe einzeln und für seine Person befugt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Vollmacht ein rechtsgeschäftlicher Auftrag zugrunde liegt oder nicht.⁵⁷ Allerdings kann auch der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Verfügungsbefugnis des § 2205 BGB zum Widerruf befugt sein, es sei denn aus dem Testament ergibt sich Abweichendes.⁵⁸ Dem Erblasser ist es unbenommen, in seinem Testament die Befugnisse des Testamentsvollstreckers zu beschränken. So kann er dem Testamentsvollstrecker etwa auferlegen, eine bestehende Erblasservollmacht nicht zu widerrufen. Bei einer Generalvollmacht und bei isolierter Vollmacht ohne Grundverhältnis soll es jedoch unzulässig sein, die Widerruflichkeit auszuschließen.⁵⁹ Bei anderen Erblasservollmachten jedoch wird dies als Gestaltungsmittel zur Stärkung der Position des Bevoll-

55 BGH, NJW 1962, 1718; OLG München, Urt. v. 15.11.2011 – 34 Wx 388/11, DNotZ 2012, 303; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 12.

56 Staudinger/Reimann, BGB, 15. Aufl. 2016, Vor § 2197 Rn. 80; MüKoBGB/Zimmermann, Vor § 2197 Rn. 15; von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (64).

57 Allgemeine Meinung, vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 13.

58 Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 13.

59 BGH, Urt. v. 26.2.1988 – V ZR 231/86, NJW 1988 (2603); Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 168 Rn. 6.

mächtigten für zulässig angesehen mit der Folge, dass diese nur aus wichtigem Grund widerrufen werden können.⁶⁰

Anhand der Verfügung von Todes wegen und/oder der Erblasservollmacht ist im Einzelfall auszulegen, ob der Erblasser die stärkere Position dem Testamentsvollstrecker oder dem Bevollmächtigten zugedacht hat. Bei einer üblichen General- und Vorsorgevollmacht, die vor allem auch für die lebzeitigen, altersbedingten Bedürfnisse des Erblassers erteilt wurde ohne weitere besondere Ausgestaltung des Innenverhältnisses, wird man zu dem Ergebnis kommen können, dass nach dem Erbfall dem Testamentsvollstrecker die stärkere Position zukommen soll. Unter diesem Vorzeichen wird der Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB auch zum Widerruf befugt sein. Bei postmortalen Erblasservollmachten, die womöglich im Hinblick auf ein bestimmtes Objekt erteilt wurden, kann die Auslegung anders aussehen. Entscheidend ist insoweit allein der Erblasserwille. Selbst aus der zeitlichen Abfolge von Vollmachtserteilung und Anordnung von Testamentsvollstreckung kann keine allgemein gültige Rangfolge abgeleitet werden. Vielmehr ist diese nach allgemeinen Auslegungsregeln im Einzelfall zu ermitteln.

Die Lösung des Konflikts zwischen Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem ist im Kern eine Frage des Innenverhältnisses zwischen beiden und muss dort gelöst werden.⁶¹ Auf das Außenverhältnis und die Wirksamkeit der Verfügungen beider hat dies keinen Einfluss, solange die Erblasservollmacht unwiderrufen ist. Der Rechtsverkehr darf sich insoweit auf die Fortgeltung der Vollmacht verlassen, wenn die Ausfertigung vorgelegt wird (§ 172 BGB). Das Innenverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem kann der Rechtsverkehr unberücksichtigt lassen. Die Grenze wird freilich bei offensichtlichem Missbrauch der Vollmacht, etwa im Zuge unentgeltlicher Verfügungen gezogen werden müssen.⁶²

2. Nachlasspflegschaft und Erblasservollmacht

Nach § 1960 Abs. 2 BGB kann vom Nachlassgericht eine Nachlasspflegschaft angeordnet werden, wenn ein besonderes Fürsorgebedürfnis für staatliches Handeln festgestellt wird. Dazu bedarf es eines besonderen Sicherungsanlasses zu einem Zeitpunkt, in dem die Person des Erben oder seine Annahme der Erbschaft ungewiss ist.⁶³ Die Anordnung von Nachlasspflegschaft ist subsidiär und stellt eine Abweichung von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Erben für die Abwicklung des Nachlasses dar. An einem staatlichen Fürsorgebedürfnis fehlt es und die Anordnung von Nachlasspflegschaft hat zu unterbleiben, wenn

⁶⁰ Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 13.

⁶¹ Weidlich, MittBayNot 2013, 196 (197); von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (64).

⁶² BGH NJW 1962, 1718; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 12.

⁶³ Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 1.

die Nachlassabwicklung durch Testamentsvollstreckung, Nachlassverwaltung oder einen Bevollmächtigten vorgenommen werden kann und missbräuchliche Maßnahmen ausgeschlossen werden können.⁶⁴ Damit müsste eine Erblasservollmacht grundsätzlich das besondere Fürsorgebedürfnis ausschließen. Das entspricht der Subsidiarität dieses Rechtsinstituts.

Allerdings kann trotz des Vorliegens einer über den Tod hinaus geltenden Vollmacht Nachlasspflegschaft angeordnet werden.⁶⁵ Ein Fürsorgebedürfnis kann trotz transmortalen Generalvollmacht bejaht werden, soweit eine Erbenermittlung erforderlich ist, die die Generalvollmacht nach Ansicht des BayObLG nicht umfasste.⁶⁶

Der Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter der Erben, soweit die Anordnung der Pflegschaft reicht. Allerdings steht ihm, im Gegensatz zu Testamentsvollstrecker und Nachlassverwalter, keine verdrängende Vertretungsmacht zu.⁶⁷

Aufgrund der strukturellen Subsidiarität der Nachlasspflegschaft gegenüber privatautonomem Gestaltungen wie einer Vollmacht kann es kein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden geben. Soweit die Erblasservollmacht reicht, ist die Anordnung von Nachlasspflegschaft mangels Fürsorgebedürfnis unzulässig. Umgekehrt reicht dort, wo aufgrund eines festgestellten Fürsorgebedürfnisses Nachlasspflegschaft angeordnet wird, eine Vollmacht nicht aus. Eine Erblasservollmacht bleibt insoweit grundsätzlich bestehen. Im Rahmen seiner Bestellung soll jedoch der Nachlasspfleger zum Widerruf von Erblasservollmachten befugt sein.⁶⁸

3. Nachlassinsolvenz bzw. -verwaltung und Erblasservollmacht

Ein solches Nebeneinander ist bei Nachlassinsolvenz und Nachlassverwaltung nicht vorstellbar. Vielmehr kommen mit Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens (§ 1980 BGB) die insolvenzrechtlichen Vorschriften zur Anwendung (§§ 11 Nr. 2, 315 ff InsO). Dabei geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht vom Erben auf den Insolvenzverwalter über. Nach § 117 Abs. 1 InsO erlischt eine vom Schuldner erteilte Vollmacht. Zwar ist Schuldner des Nachlassinsolvenzverfahrens in dem Fall der Erbe, jedoch ist der Erblasser für die Anwendung der Vorschriften, die sich auf die Zeit vor dem Erbfall beziehen, als Schuldner anzusehen. Nach dem Erbfall gilt der Erbe als Schuldner. Da der Erblasser insoweit als

64 Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 1; LG Stuttgart, Urt. v. 17.7.2009 – 1 T 61/09, ZEV 2009, 396 (397).

65 OLG München, Urt. v. 26.2.2010 – 31 Wx 16/10, NJW 2010, 2364 mit kritischer Anmerkung Everts, NJW 2010, 2318.

66 BayObLG, Urt. v. 22.6.2004 – 1 Z BR 37/04, BayObLGZ 2004, 159 (162) = FamRZ 2005, 239.

67 Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 11.

68 von Schwander, RhNotZ 2019, 57 (66) mit Verweis auf OLG Karlsruhe, Urt. v. 2.5.2003 – 14 Wx 3/03, FamRZ 2004, 222.