



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 3 W 22/21 = [...]

B e s c h l u s s

In der Grundbuchsache

1. [...],

2. unbekannte Erben des am [...] 2017 verstorbenen Herrn [...],

Antragsteller zu 1. und 2.

die Antragsteller zu 1. und 2. vertreten [...],

3. [...],

Antragstellerin zu 3.

Verfahrensbevollmächtigter zu 1. bis 3.:

Notar [...]

hat der 3. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch die Präsidentin des Oberlandesgerichts Wolff, die Richterin am Oberlandesgericht Neuhausen und den Richter am Landgericht Dr. Isenberg

am 29.11.2021 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Amtsgerichts Bremerhaven - Grundbuchamt - vom 20.09.2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Antragsteller als Gesamtschuldner.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 255.000,00 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Antragsteller begehren die Eintragung einer Grundschuld.

Im Grundbuch von Bremerhaven, Bezirk [...], Blatt [...] sind die Antragstellerin zu 1. und ihr am [...] 2017 verstorbener Ehemann, Herr [...], als Miteigentümer zu je zu ½ Anteil des Grundbesitzes Gemarkung [...] Flur [...] Flurstück [...], eingetragen. Mit notariellen Urkunden vom 16.10.2006 (UR.-Nr. [...] und [...] des Notars [...]) hatten die Eheleute [...] ihren Kindern, Herrn [...] und Frau [...] (die *Bevollmächtigten*), jeweils eine Vorsorgevollmacht in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten eingeräumt. Die Vollmacht, die über den Tod der Vollmachtgeber hinaus wirksam bleiben sollte, umfasste insbesondere auch das Recht der Bevollmächtigten, über Vermögensgegenstände jeder Art zu verfügen.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 10.09.2021 (UR.-Nr. [...] des Notars [...]) veräußerten die Bevollmächtigten unter Berufung auf die ihnen erteilten Vollmachten, ausweislich der Urkunde handelnd für die Antragstellerin zu 1. und den verstorbenen Herrn [...], den bezeichneten Grundbesitz an die Antragstellerin zu 3. und bewilligten zugleich die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Unter § 8 des Kaufvertrages wurde der Antragstellerin zu 3. zudem das Recht eingeräumt, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit einem Grundpfandrecht zu belasten und die Verkäufer bei allen hierfür erforderlichen Rechtshandlungen zu vertreten. Mit gesonderter Urkunde des Notars [...] vom selben Tag (UR.-Nr. [...]) bestellte die Antragstellerin zu 3. sodann im eigenen Namen sowie aufgrund der kaufvertraglich gewährten Belastungsvollmacht für die Verkäufer eine Grundschuld in Höhe von 255.000,00 € zugunsten der [...] -Bank.

Mit Schreiben vom 14.09.2021 beantragte der den Kaufvertrag beurkundende Notar die Eintragung der Grundschuld und mit weiterem Schreiben vom 15.09.2021 die Eintragung der Auflassungsvormerkung für die Antragstellerin zu 3. Das Amtsgericht [...] - Abteilung für Grundbuchsachen - teilte mit Zwischenverfügung vom 20.09.2021 mit, dass der beantragten Grundbucheintragung Eintragungshindernisse entgegenstünden. Aufgrund des Versterbens des Herrn [...] sei zunächst eine Grundbuchberichtigung herbeizuführen. Die Ausnahmeregelung des § 40 GBO greife bei der Eintragung einer Grundschuld nicht, so dass eine Voreintragung nach § 39 GBO erforderlich sei.

Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte zu 1. bis 3. mit Schreiben vom 11.10.2021 Beschwerde eingelegt und unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019 – 18 W 33/19) die Ansicht vertreten, dass es einer Voreintragung der Erben des noch als Miteigentümer eingetragenen Erblassers nicht bedürfe.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.10.2021 nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Die Ausnahmenvorschrift des § 40 GBO sei eng und nach dem Wortlaut auszulegen. Das Grundbuchamt verweist insoweit auf eine Entscheidung des OLG Oldenburg (Beschluss vom 23.03.2021 – 12 W 38/21).

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die gegen die Zwischenverfügung des Amtsgerichts [...] - Grundbuchamt - gerichtete Beschwerde ist zwar zulässig, sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1.

Die Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO getroffene Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist gemäß § 11 Abs. 1, § 3 Nr. 1 Buchst. h) RPflG i.V.m. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und durch den beurkundenden Notar in zulässiger Weise sowie formgerecht erhoben (§ 73 i.V.m. § 15 Abs. 2 GBO). Sie ist als Rechtsmittel der Antragsteller

auszulegen. Der Verfahrensbevollmächtigte zu 1. bis 3. hat vorliegend zwar nicht ausdrücklich klargestellt, für welchen der Antragsteller er die Beschwerde eingelegt hat. Wenn der Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO eine Beschwerde einlegt, sind grundsätzlich jedoch alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen (zum Ganzen: Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 189 m.w.Nw.).

2.

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das Amtsgericht [...] - Grundbuchamt - hat die beantragte Eintragung zu Recht wegen der fehlenden Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) zurückgewiesen. Bei diesem Voreintragungsgrundsatz muss es auch für den vorliegenden Fall verbleiben. Die Beschwerde kann sich hier nicht mit Erfolg auf § 40 Abs. 1 GBO berufen.

In Rechtsprechung und Literatur ist die Frage umstritten, ob die Voreintragung der Erben nach §§ 39, 40 GBO auch dann erforderlich ist, wenn – wie hier – ein transmortal Bevollmächtigter über ein Grundstück verfügt und es mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet (zum Meinungsstand s. etwa Weber, DNotZ 2018, 884, 895 f.). Das OLG Celle (Beschluss vom 16.08.2019 – 18 W 33/19) hat diese Frage zuletzt unter Verweis auf die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Frankfurt (Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17), Köln (Beschluss vom 16.03.2018 – I-2 Wx 123/18, 2 Wx 123/18) und Stuttgart (Beschluss vom 17.10.2018 – 8 W 311/18) mit der Erwägung verneint, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar sei. Für diesen gelte aber ausdrücklich die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO. Hinzu komme, dass § 40 GBO den Erben die Kosten einer unnötigen Eintragung ersparen wolle, wenn diese durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheiden würden. Auch dies spreche hier aber für eine analoge Anwendung der Ausnahmegvorschrift, zumal eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein solle, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen auch der Sache nach nicht gerechtfertigt erscheine. Denn in beiden Konstellationen stehe von vornherein fest, dass eine Eintragung des Käufers im Grundbuch innerhalb

verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen werde (zum Ganzen OLG Celle, a.a.O., Rn. 20, juris).

Der Senat schließt sich diesen Ausführungen nicht an und hält an dem Voreintragungserfordernis auch in Fallkonstellationen wie der vorliegenden fest. Hierfür spricht aus Sicht des Senats was folgt:

a.

§ 40 Abs. 1 GBO ist nach seinem Wortlaut im Falle der Belastung eines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht durch einen transmortal Bevollmächtigten – insoweit unstrittig – nicht *unmittelbar* einschlägig. Denn zum einen handelt es sich bei der Bestellung einer Grundschuld nicht um die Übertragung eines Rechts. Zum anderen erfolgt der Eintragungsantrag in diesem Fall weder durch die Bewilligung eines Nachlasspflegers noch des Erblassers selbst, da letztere grundsätzlich eine noch lebzeitig durch den Erblasser abgegebene Erklärung erfordert. Die transmortale Vollmacht führt nach dem Tod des Vollmachtgebers jedoch zu einer Vertretererklärung für den an die Stelle des Verstorbenen getretenen Erben; sie ist rechtlich nicht als Erklärung des Erblassers anzusehen (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 11. März 2019 – I-2 Wx 82/19 –, Rn. 13, juris).

b.

Auch eine *entsprechende* Anwendung des – als Ausnahmevorschrift ohnehin eng auszulegenden (OLG München, Beschluss vom 27. April 2006 – 32 Wx 67/06 –, Rn. 17, juris) – § 40 Abs. 1 GBO auf Fallkonstellationen wie die vorliegende scheidet nach Ansicht des Senates aus (entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16. August 2019 – 18 W 33/19; OLG Köln, Beschluss vom 16. März 2018 – I-2 Wx 123/18; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18; OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, allesamt juris).

Eine Analogie ist nach der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn das Gesetz (i) eine planwidrige Regelungslücke enthält und (ii) der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, dieser wäre

bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (statt aller: BGH, Urteil vom 16. Juli 2003 – VIII ZR 274/02 –, BGHZ 155, 380-392, – Rn. 22, juris). Das ist hier jedoch nicht ersichtlich.

(i) Zweifelhaft ist insoweit bereits, ob überhaupt von dem Vorliegen einer *planwidrigen* Regelungslücke ausgegangen werden kann. Denn die grundsätzliche Problemlage ist spätestens seit einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Juni 1916 (Az. V.B. 1/16 –, RGZ 88, 345, 348 – abrufbar bei juris) – und mithin seit über 105 Jahren – bekannt, ohne dass der Gesetzgeber dies zum Anlass genommen hätte, die bezeichnete Norm zu revidieren (zum Ganzen auch Kramer, FGPrax 2019, 13, 14; für das Gebiet der neuen Länder war die entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO für die Eintragung von Belastungen in der Übergangsvorschrift des § 11 Abs. 2 GBBerG hingegen ausdrücklich vorgesehen).

(ii) Aber selbst wenn man hier das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bejahen wollte, so fehlt es – aus Sicht des Senates – doch jedenfalls an einer vergleichbaren Interessenlage.

Dies gilt zum einen insoweit, als die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld – und mithin die dauerhafte Belastung eines Grundstücks mit einem Fremdrecht – nicht mit der Übertragung eines Rechtes gleichgesetzt werden kann. Etwas anderes folgt auch nicht aus den Erwägungen, die der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Bewilligung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu §§ 39, 40 GBO angestellt hat (BGH, Beschl. v. 05. Juli 2018 – V ZB 10/18 –, juris). Denn anders als die Auflassungsvormerkung ist das Grundpfandrecht nicht akzessorisch und in seinem rechtlichen Bestand also unabhängig vom Übertragungsanspruch des Erwerbers. Eine Grundschuld würde daher – auch im Falle des Scheiterns der beabsichtigten Grundstücksübertragung – im Grundbuch eingetragen bleiben, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Insoweit unterscheidet sich die Finanzierungsvollmacht jedoch von der Eigentumsvormerkung, die bei Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Dass die Finanzierungsgrundschuld wirtschaftlich der Übertragung eines Grundstücks dient und sie im sachlichen Zusammenhang mit dieser im Grundbuch eingetragen wird, rechtfertigt insoweit – auch unter Wertungsgesichtspunkten – keine rechtliche Gleichstellung mit dieser und mithin auch keine

analoge Anwendung der Norm (so bereits OLG Oldenburg, Beschluss vom 23. März 2021 – 12 W 38/21 –, Rn. 12; Weber, DNotZ 2018, 884, 897; Dressler-Berlin, FGPrax 2021, 153, 155; ders., FGPrax 2020, 10, 13; Kramer, FGPrax 2019, 13, 15; zustimmend in diesem Punkt auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18 –, Rn. 14; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, Rn. 8; Beschluss vom 02.08.2011 – 1 W 243/11 –, Rn. 9, allesamt zitiert nach juris).

Das Handeln eines transmortal Bevollmächtigten ist des Weiteren auch nicht mit dem eines Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar (so allerdings OLG Celle, Beschluss vom 16. August 2019 – 18 W 33/19 –, Rn. 20; OLG Köln, Beschluss vom 16. März 2018 – I-2 Wx 123/18 –, Rn. 27; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020 – 1 W 1357/20 –, Rn. 9; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 – 8 W 311/18 –, Rn. 14, OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 – 20 W 179/17 –, Rn. 21; allesamt zitiert nach juris; wie hier u.a.: Dressler-Berlin, FGPrax 2020, 10, 13; Weber, DNotZ 2018, 884, 896 f.; Kramer, FGPrax 2019, 13, 14). Der Grund dafür, dass § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO für Grundbucheintragungen von Nachlasspflegern eine Befreiung vom Voreintragungsgrundsatz anordnet, ist der Umstand, dass die Erben noch nicht feststehen (vgl. §§ 1960 f. BGB). Die Eintragung unbekannter Erben ist grundsätzlich jedoch nicht zulässig und kommt nur in engen Ausnahmefällen in Betracht. Hierüber hilft § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO hinweg. Eine transmortale Vollmacht gilt hingegen auch und gerade im Verhältnis zu den bekannten Erben. Hinzu kommt, dass es die Aufgabe des Nachlasspflegers ist, den Nachlass für den wirklichen Erben als treuhänderische Amtsperson zu sichern und zu erhalten (BGH, Urteil vom 08. Dezember 2004 – IV ZR 199/03 –, BGHZ 161, 281-289, Rn. 17, juris). Auch insoweit ist die Ausgangslage aber eine gänzlich andere, als bei einem transmortal Bevollmächtigten, den eine entsprechende Fürsorgepflicht gegenüber den Erben nicht trifft, und der daher auch eigene, den Interessen der Erben durchaus auch zuwiderlaufende Interessen verfolgen kann.

c.

Der Senat übersieht in diesem Zusammenhang nicht das praktische Bedürfnis, die ggfs. kostenpflichtige und zeitaufwändige Grundbuchberichtigung in Fällen wie diesem zu vermeiden (zu möglichen Alternativgestaltungen s. etwa Weber, DNotZ 2018, 884, 898; kritisch aber Milzer, DNotZ 2009, 325 ff.). Der – durchaus nachvollziehbare – Wunsch nach Kosten- und Zeitersparnis kann jedoch nicht über die Aufgabe des Grundbuchs

gestellt werden, die eintretenden dinglichen Rechtsänderungen unter Geltung des Vor-
eintragungsgrundsatzes möglichst lückenlos und Schritt für Schritt für den Rechtsver-
kehr zu dokumentieren (vgl. BGH, Beschluss vom 04. Januar 1955 – V ZB 7/53 –,
BGHZ 16, 101-105, Rn. 6, juris; zum Ganzen auch Bestelmeyer, FGPrax 2018, 106,
108 f.). Soweit hier Änderungsbedarf bestehen mag, wäre es die Aufgabe des Gesetz-
gebers, tätig zu werden. Dieser hatte mit § 11 Abs. 2 GBBerG jedoch lediglich für das
Gebiet der neuen Länder die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO für die
Eintragung von Belastungen (zeitlich befristet) angeordnet.

3.

Die Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 84
FamFG, § 32 Abs. 1 GNotKG.

4.

Der Beschwerdewert war gemäß §§ 61 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 GNotKG auf 255.000,00
€ festzusetzen.

5.

Die Rechtsbeschwerde war wegen der Abweichung der vorliegenden Entscheidung von
den Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Frankfurt, Köln, Celle und Stuttgart so-
wie des Kammergerichts Berlin zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu-
zulassen (§ 78 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GBO).

gez. Wolff

gez. Neuhausen

gez. Dr. Isenberg