

# Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von  
Notar Dr. Franz Josef Dumoulin, Bonn,  
Notar Gerhard Lindheimer, Frankfurt,  
Notar a. D. Dr. Christoph Reithmann, Wolfratshausen

## AUS DEM INHALT:

Satzung der Bundesnotarkammer

*Schippers, Vollmachtlose Vollmachtserteilung*

BayObLG, Verfallabredenverbot bei pfandrehtlich nicht  
gesichertem Gläubiger (Anm. *Eickmann*)

OLG Düsseldorf, Zur Grundbuchfähigkeit der GbR  
(Anm. *Demharter*)

9 | 1997

Seite 673–752

VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN

## AUFSATZ

Notarassessor Josef Schippers, Hückelhoven

**Vollmachtlose Vollmachtserteilung****Zur rückwirkenden Genehmigung der ohne Vertretungsmacht erteilten Vorwegbeleihungsvollmacht beim Grundstückskauf**

Der folgende Aufsatz behandelt die Probleme der beim fremdfinanzierten Immobilienkauf gebräuchlichen Vorwegbeleihungsvollmacht, die auftreten können, wenn sich der Verkäufer im Kauftermin durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten läßt. Der Verfasser weist nach, daß Finanzierungsgrundschulden, die der Käufer so dann aufgrund der ohne Vertretungsmacht erteilten, jedoch noch nicht genehmigten Vorwegbeleihungsvollmacht bestellt, bereits durch die spätere Genehmigung der Kaufurkunde samt Vorwegbeleihungsvollmacht wirksam werden, so daß das Grundbuchamt eine gesonderte Genehmigung der Grundschuldurkunde nicht verlangen darf.

**A. Einleitung**

Beim Immobilienkauf steht der fremdfinanzierende, nicht über eigene Sicherheiten verfügende Käufer vor dem bekannten Dilemma: ohne Kaufpreiszahlung keine Eigentumsumschreibung, ohne Eigentumsumschreibung (Voreintragung) keine Finanzierungsgrundschuld, ohne Finanzierungsgrundschuld keine Darlehensvalutierung, also keine Kaufpreiszahlung. Dieses Dilemma wird in der aktuellen Notarpraxis<sup>1</sup> vorzugsweise dadurch gelöst, daß der Verkäufer sich in der Kaufurkunde unter bestimmten Kautelen<sup>2</sup> verpflichtet, Grundschulden zur Absicherung der Finanzierung des Käufers bereits vor Eigentumsumschreibung zu bestellen. Um sich die Zeit und Mühe der persönlichen Bestellung zu ersparen, erteilt der Verkäufer dem Käufer dabei häufig in der Kaufurkunde eine entsprechende Vorwegbeleihungsvollmacht<sup>3</sup>.

In der Praxis einzelner Grundbuchämter werden aufgrund Vorwegbeleihungsvollmacht bestellte Finanzierungsgrundschulden beanstandet, wenn der Verkäufer<sup>4</sup> sich bereits bei der Beurkundung des Kaufvertrages durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten läßt. Bestellt der Käufer an-

---

1) Vgl. nur die Muster: Beck'sches Notar-Handbuch/*Brambring*, 2. Aufl., 1997, A I, Rdn. 247, 251, und *Reibold*, aaO, A I, Rdn. 255.

2) Insbes.: Einschränkung der Sicherungsabrede, Abtretung des Valutierungsanspruchs, Auszahlungsanweisung an Finanzierungsgläubiger und Vollmachtsbeschränkung auf die Notarstelle; vgl. dazu nur Beck'sches Notarhandbuch/*Amann*, A I, Rdn. 118 ff.; neuerdings zur Bindung an die Notarstelle: *Wilke*, MittBayNot 1996, 260; *Wolfsteiner*, MittBayNot 1996, 356; *Amann*, MittBayNot 1996, 420.

3) Auch „Finanzierungsvollmacht“ oder allgemeiner „Belastungsvollmacht“ genannt.

4) Vgl. zu den Problemen, wenn sich der Käufer bei der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld vertreten läßt: *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1996, 492/498 ff.

schließlich im selben Termin die erforderlichen Finanzierungsgrundschulden, so ist evident, daß er dabei den Verkäufer nur aufgrund erteilter, jedoch noch nicht genehmigter Vollmacht vertritt. Dies kann indes leicht übersehen werden, wenn der Käufer erst Tage oder Wochen später die Finanzierungsgrundschulden bestellt. Die bei einer späteren Beanstandung des Grundbuchamtes zu klärende Frage ist dann stets, ob die Finanzierungsgrundschulden wirksam werden, wenn der Verkäufer sodann – nach Bestellung der Grundschuld – nur die Kaufurkunde samt Vorwegbeleihungsvollmacht genehmigt, eine gesonderte Genehmigung der Grundschuldurkunde jedoch unterläßt, weil dies schlicht nicht bedacht, für überflüssig gehalten oder aus Kostengründen außer acht gelassen wird.

Hinter dieser Frage könnte sich auch ein(e) Haftungsfall(e) für den Notar verbergen, nämlich dann, wenn der Notar nach Genehmigung der Kaufurkunde und Vorlage der Grundschuld beim Grundbuchamt eine Rangbescheinigung erteilt, daraufhin die Kaufpreisfinanzierung fließt und erst dann – ggf. erst Wochen später – das Grundbuchamt die gesonderte Genehmigung der Finanzierungsgrundschuld verlangt, der Verkäufer indes in diesem Stadium der Vertragsabwicklung – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr zur Mitwirkung bereit ist. Wäre eine gesonderte Genehmigung der Finanzierungsgrundschuld erforderlich, so hätte der Notar die Rangbescheinigung nicht erteilen dürfen.

## **B. Willenserklärungen als Inhalt des Vertretergeschäfts**

Soweit der Verkäufer als gegenwärtiger Eigentümer an der Grundschuldurkunde beteiligt ist, finden sich dort zum einen Willenserklärungen, die an den Finanzierungsgläubiger gerichtet sind, wie z. B. das Angebot auf (dingliche) Einigung über die Grundschuldbegründung (§ 873 BGB) und zweckmäßigerweise<sup>5</sup> das Angebot auf Abschluß der eingeschränkten Sicherungsabrede; zum anderen finden sich dort Willenserklärungen, die an den Käufer gerichtet sind, wie etwa – je nach Gestaltung<sup>6</sup> – die Einigung über die Abtretung der Valutierungsansprüche des Käufers an den Verkäufer. Soweit die Grundschuldurkunde (Vertretergeschäft) Willenserklärungen enthält, richten sich Vollmachtserteilung und Genehmigung nach den §§ 164 ff., 182 ff. BGB.

In diesem Zusammenhang sind die vom Vertreter des Verkäufers vorgelegten Veräußerungsvollmachten *vigilant* daraufhin zu überprüfen, ob sie überhaupt die Befugnis zur Erteilung einer Vorwegbeleihungsvollmacht,

---

5) Um die eingeschränkte Sicherungsabrede dem Finanzierungsgläubiger gegenüber zur Geltung zu bringen, wird empfohlen, diese in der Grundschuldurkunde zu wiederholen: Beck'sches Notar-Handbuch/*Amann*, A I, Rdn. 121.

6) Wenn die Abtretung der Valutierungsansprüche – aus Kostengründen – in die Kaufurkunde aufgenommen wird, sollte in der Grundschuldurkunde jedenfalls auf die Abtretung hingewiesen werden, um sie dem Finanzierungsgläubiger zuverlässig zur Kenntnis zu bringen.

zur Unterbevollmächtigung<sup>7</sup> und zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB umfassen<sup>8</sup>. So hat das OLG *Thüringen*<sup>9</sup> entschieden, daß eine Vollmacht, bestimmten Grundbesitz „zu erwerben, zu verkaufen und aufzulassen sowie alle Erklärungen vor Notar, Gericht und Behörden abzugeben, die zur Umschreibung des Kaufgegenstandes auf den Erwerber erforderlich sind“, grundsätzlich nicht dazu befugt, den Käufer zur Vorwegbeleihung zu ermächtigen.

## I. Genehmigungsfähigkeit der ohne Vertretungsmacht erteilten Vorwegbeleihungsvollmacht

### 1. Anwendbarkeit des § 180 Satz 1 BGB auf die Vollmachtserteilung

Nach § 180 Satz 1 BGB ist bei einem *einseitigen* Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig; ein entsprechendes Rechtsgeschäft ist von vornherein ipso iure nichtig und nicht nachträglich genehmigungsfähig.

Die ganz h. M.<sup>10</sup> behandelt die Vollmachtserteilung sowohl in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre als auch im speziellen Kontext des § 180 BGB als einseitiges Rechtsgeschäft. Demgegenüber konnte sich die einschränkende Lehre von *Müller-Freienfels*<sup>11</sup> nicht durchsetzen, der die Vollmachtserteilung in den Tatbestand des Vertretergeschäfts eingliedert und sie je nach der Art des Vertretergeschäfts als einseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft behandelt.

Auch an dieser Stelle wird nicht in Frage gestellt, daß die Vollmachtserteilung rechtsdogmatisch als einseitiges Rechtsgeschäft einzuordnen ist. Dennoch ist – entgegen der h. M. – die Vollmachtserteilung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht nicht als Anwendungsfall des § 180 Satz 1 BGB zu behandeln, sondern entsprechend den §§ 177 ff. BGB als generell genehmigungsfähig anzusehen. Diese Einschränkung folgt aus einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 180 Satz 1 BGB, d. h. einer Zurückführung des zu weit gefaßten Wortlauts dieser Norm auf den ihr immanenten engeren Zweck<sup>12</sup>.

§ 180 Satz 1 BGB will den Betroffenen vor den Gefahren bewahren, die seinen Interessen aus der Ungewißheit (Rechtsunsicherheit) über die Geltung einseitiger Rechtsgeschäfte drohen<sup>13</sup>. Wer sich der Geltung einseitiger

7) Vgl. LG *Köln*, MittRhNotK 1985, 39.

8) Vgl. DNotI-Report 4/1995, 29 ff.; *Opalka*, NJW 1991, 1796/1797 f.

9) OLG *Thüringen*, OLG-NL 1994, 245/246 = DNotI-Report 1/1995, 6 (nur referiert); a. A. *Hugel*, NotBZ 1997, 9.

10) *Palandt/Heinrichs*, BGB, 56. Aufl., 1997, Überbl. vor § 104 Rdn. 11 und § 180 Rdn. 1; *MünchKommBGB/Schramm*, 3. Aufl., 1993, § 167 Rdn. 4; *Soergel/Leptien*, BGB, 12. Aufl., 1987, § 167 Rdn. 4 und § 180 Rdn. 7; *Staudinger/Gursky*, BGB, 13. Aufl., 1995, § 167 Rdn. 10; *Erman/Brox*, BGB, 9. Aufl., 1993, § 167 Rdn. 2; *BGB-RGRK/Steffen*, 12. Aufl., 1982, § 180 Rdn. 1.

11) *Müller-Freienfels*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, 245.

12) Vgl. dazu allgemein: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 391.

13) Vgl. *MünchKomm/Schramm*, § 180 Rdn. 1; *Staudinger/Gursky*, § 180 Rdn. 1; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, 277.

Rechtsgeschäfte schon nicht entziehen kann, soll doch zumindest der Ungewißheit über deren Geltung entzogen sein. Dieser Gedanke trägt jedoch nicht mehr, wenn in einer bestimmten Fallgruppe einseitiger Rechtsgeschäfte bereits abstrakt, also ohne Prüfung der konkreten Umstände, eine Interessengefährdung ausgeschlossen ist. Wer von vornherein kein Interesse daran hat, sich der Geltung bestimmter einseitiger Rechtsgeschäfte zu entziehen, bedarf keines gesetzlichen Schutzes. § 180 BGB schützt nicht vor Ungewißheit *per se*, sondern vor der typischerweise mit ihr verbundenen Interessengefährdung.

Eine solche Interessengefährdung des Vollmachtsempfängers ist bereits abstrakt auszuschließen. Konzentriert man den Blick darauf, daß die Vollmachtserteilung selbst noch keine unmittelbaren Rechtsfolgen herbeiführt, sondern lediglich die Rechtsmacht des Vollmachtsempfängers in Vorbereitung des Vertretergeschäfts erweitert, dessen Rechtsfolgen indes ausschließlich den Vertretenen treffen, so wird man die Vollmachtserteilung aus Sicht des Vollmachtsempfängers als rechtlich indifferentes (neutrales) Rechtsgeschäft ansehen müssen<sup>14</sup>. Erweitert man den Blick auf das Grundgeschäft (Kauf) und liegt danach das vorgesehene Vertretergeschäft zumindest auch im Interesse des Vollmachtsempfängers (Sicherung der Kaufpreisfinanzierung), so wird man die Vollmachtserteilung überdies als lediglich rechtlich vorteilhaft für den Vollmachtsempfänger ansehen können.

Erweitert also die Vollmachtserteilung nur die Rechtsmacht des Vollmachtsempfängers und führt sie keine unmittelbaren Rechtsfolgen herbei, so ist bereits abstrakt und objektiv, d. h. unabhängig von Einverständnis oder Nichtbeanstandung des Vollmachtsempfängers<sup>15</sup>, kein Interesse des Vollmachtsempfängers zu erkennen, dessen Gefährdung die grundsätzliche Nichtigkeitsfolge rechtfertigen könnte. Wenn die Vollmacht – wie bei der Vorwegbeleihungsvollmacht – zumindest auch im Interesse des Vollmachtsempfängers liegt, wird vielmehr umgekehrt dem Vollmachtsempfänger gerade daran gelegen sein, die Genehmigungsfähigkeit so weit wie möglich zu erhalten. Er wird die schwebende Unwirksamkeit (ungewisse Wirksamkeit) der Vollmacht der endgültigen Unwirksamkeit (gewissen Unwirksamkeit) typischerweise vorziehen. Aber auch, wenn der Vollmachtsempfänger kein eigenes Interesse an der Vollmacht hat, ist kein Schutzbedürfnis des Vollmachtsempfängers zu erkennen, da die schwebende Ungewißheit in diesem Fall für seine Interessen indifferent und deshalb rechtlich irrelevant ist.

Ein Gewißheitsinteresse des Vollmachtsempfängers (Käufers) läßt sich auch nicht aus einer etwaigen Vertreterhaftung gemäß § 179 BGB herleiten<sup>16</sup>. Erkennt der Vollmachtsempfänger den Mangel seiner Vertretungsmacht, so kann er die Vornahme des Vertretergeschäfts bis zur Beseitigung

---

14) So OLG *Frankfurt*, MDR 1964, 756; *Palandt/Heinrichs*, § 131 Rdn. 3.

15) Siehe unten Abschnitt B I 2.

16) A. A. *Thiele*, Die Zustimmung in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 277.

des Mangels und damit bis zur Beseitigung der Ungewißheit ohne weiteres hinausschieben. Bleibt ihm der Mangel beim Handeln verborgen, so spricht sein Interesse, nicht aus bloßer Rechtsunkenntnis durch Verkennung des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts in die Vertreterhaftung zu geraten, für die Genehmigungsfähigkeit sowohl des Vertretergeschäfts als auch der mangelhaften Vollmacht. Bei Anwendung des § 180 Satz 1 BGB auf die Vollmachtserteilung könnte der Vollmachtsempfänger (Käufer) überdies seinerseits nicht den ihm gegenüber aufgetretenen *falsus procurator* (Vertreter des Verkäufers) im Falle eines verdeckten Mangels<sup>17</sup> der (Veräußerungs-)Vollmacht in Regreß nehmen, da bei einem nach § 180 Satz 1 BGB nichtigen Rechtsgeschäft (Vorwegbeleihungsvollmacht) eine Vertreterhaftung nach § 179 BGB nicht besteht<sup>18</sup>. Wendet man dagegen mit der hier vertretenen Ansicht die §§ 177 ff. BGB generell auf die Vollmachtserteilung an, so ist der Vollmachtsempfänger bei verdeckten Mängeln in der Vertretungsmacht einerseits zum Rückgriff auf den *falsus procurator* gemäß § 179 BGB befugt und andererseits – selbst wenn man ein Gewißheitsinteresse unterstellt – durch sein Widerrufsrecht analog § 178 BGB<sup>19</sup> hinreichend geschützt.

Schließlich wird die Rechtssicherheit durch die hier vertretene teleologische Reduktion des § 180 Satz 1 BGB nicht beeinträchtigt, da die Vollmachtserteilung eine klar umgrenzte Fallgruppe bildet.

## 2. Genehmigungsfähigkeit der Vollmachtserteilung nach § 180 Satz 2 BGB

Nimmt man nicht bereits – wie hier vertreten – die generelle Genehmigungsfähigkeit einer ohne Vertretungsmacht erteilten Vollmacht an, so gelangt man auch mit der h. M. zur Genehmigungsfähigkeit, allerdings nur, wenn einer der beiden Ausnahmetatbestände des § 180 Satz 2 BGB eingreift.

Nach § 180 Satz 2 BGB hängt die Genehmigungsfähigkeit des an sich nach Satz 1 unzulässigen einseitigen Rechtsgeschäfts von dem Verhalten desjenigen ab, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war. Bei der regelmäßig als Innenvollmacht erteilten Vorwegbeleihungsvollmacht kommt es damit auf das Verhalten des Vollmachtsempfängers (Käufers) an.

### a) Einverständnis

Genehmigungsfähigkeit ist zum einen gegeben, wenn der Vollmachtsempfänger damit einverstanden gewesen ist, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (§ 180 Satz 2 2. Fall BGB)<sup>20</sup>.

---

17) Vgl. zum offenen Vollmachtsmangel § 179 Abs. 3 BGB.

18) MünchKomm/Schramm, § 180 Rdnr. 1; Soergel/Leptien, § 180 Rdn. 1; Staudinger/Gursky, § 180 Rdn. 3.

19) Vgl. Staudinger/Gursky, § 180 Rdn. 6; Erman/Brox, § 180 Rdn. 8.

20) Vgl. dazu: AG Wuppertal, MittRhNotK 1964, 385 (Einverständnis mit vollmachtloser Vollmachtserteilung).

Ein solches Einverständnis setzt voraus, daß der Vollmachtsempfänger das Fehlen der Vertretungsmacht kennt oder zumindest für möglich hält<sup>21</sup>, was ohne weiteres angenommen werden kann, wenn der für den Verkäufer handelnde Vertreter offen ohne Vertretungsmacht auftritt und entsprechend im Urkundseingang erscheint.

Des weiteren muß das Einverständnis dem vollmachtlosen Vertreter gegenüber ausdrücklich oder konkludent erklärt werden. Es müssen mithin zumindest konkrete Anhaltspunkte auf ein solches Einverständnis schließen lassen. Bloßes Schweigen genügt nicht<sup>22</sup>. In der notariellen Praxis wird im Urkundseingang durchweg nur vermerkt sein, daß der für den Verkäufer Erschienene „als Vertreter ohne Vertretungsmacht“ oder „als vollmachtloser Vertreter, die Genehmigung vorbehaltend“<sup>23</sup> handelt. Ein explizites Einverständnis des Vollmachtsempfängers (Käufers) mit dem Fehlen der Vertretungsmacht wird üblicherweise nicht besonders im Urkundstext verlautbart. Dennoch wird man aus der Offenlegung des Fehlens der Vollmacht typischerweise auf ein entsprechendes Einverständnis des Vollmachtsempfängers (Käufers) schließen können. Häufig wird der Käufer bei der Beurkundung des Kaufvertrages aufgrund der Absprachen im Vorfeld und angesichts anfallender Notarkosten fest mit der Genehmigung des Verkäufers rechnen. Er wird in diesen Fällen die Kaufurkunde in möglichst weitem Umfang in Geltung setzen wollen, was auch das Einverständnis mit einseitigen Rechtsgeschäften impliziert. Aber auch in Fällen, in denen die vorbehaltene Genehmigung für den Verkäufer auch aus Sicht des Käufers die Funktion einer Option hat, wird man regelmäßig auf ein entsprechendes Einverständnis des Käufers schließen können, weil die Vollmachtserteilung – wie oben ausgeführt<sup>24</sup> – nur die Rechtsmacht des Käufers erweitert und keine unmittelbaren Rechtsfolgen herbeiführt. Eine ausdrückliche Formulierung etwa des Inhalts, daß der Vertreter des Verkäufers „mit Einverständnis des Käufers“ als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, würde explizit nur klarstellen, was auch sonst implizit erklärt ist.

#### b) Nichtbeanstandung

Genehmigungsfähigkeit ist zum anderen gegeben, wenn der Vollmachtsempfänger die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat (§ 180 Satz 2 1. Fall BGB)<sup>25</sup>. Nach h. M.<sup>26</sup> liegt bereits im Auftreten „als Stellvertreter“ die zumindest konkludente Behauptung der Vertretungsmacht, so daß bei verborgenen Mängeln in der Vertretungsmacht und fehlender Beanstandung

21) Unstr.: Palandt/Heinrichs, § 180 Rdn. 1.

22) Unstr.: MünchKomm/Schramm, § 180 Rdn. 8.

23) Faßbender/Grauel/Kemp/Ohmen/Peter, Notariatskunde, 11. Aufl., 1996, Rdn. 230.

24) Siehe oben Abschnitt B I 1.

25) Vgl. dazu BGH, BB 1969, 293.

26) MünchKomm/Schramm, § 180 Rdn. 5 a; Staudinger/Gursky, § 180 Rdn. 6; Erman/Brox, § 180 Rdn. 6; a. A. Soergel/Leptien, § 180 Rdn. 10.

durch den Vollmachtsempfänger (Käufer) die Vollmachtserteilung ebenfalls genehmigungsfähig ist.

### 3. Genehmigungsfähigkeit wegen Geschäftseinheit mit einem Vertrag

#### a) Übergreifende Genehmigungsfähigkeit contra übergreifende Unwirksamkeit

In einem jüngeren Urteil hat der BGH<sup>27</sup> zu der für einseitige Rechtsgeschäfte Minderjähriger geltenden Parallelvorschrift des § 111 BGB entschieden, daß die Vollmachtserteilung an der Genehmigungsfähigkeit eines Vertrages teilnimmt, wenn die von einem Minderjährigen erteilte Vollmacht mit dem Vertrag eine rechtliche Einheit (§ 139 BGB) bildet. Könnte – so der BGH – in einem solchen Fall nicht auch der Vollmacht durch Genehmigung Wirksamkeit verliehen werden, so ginge der Minderjährige wegen der nach § 139 BGB auf den Vertrag übergreifenden Unwirksamkeit auch der ihm eingeräumten Möglichkeit verlustig, den Gegner an dem als Vertrag ausgestalteten Teil des einheitlichen Rechtsgeschäfts festzuhalten.

Der Grundgedanke dieser Rechtsprechung, daß in solchen Fällen das Gewißheitsinteresse des Erklärungsempfängers hinter das Genehmigungsinteresse des Minderjährigen deshalb zurückzutreten habe, weil sich der Erklärungsempfänger jedenfalls hinsichtlich eines Teils des einheitlichen Geschäfts, nämlich des Vertragsteils, auf die Genehmigungsfähigkeit eingelassen habe, kann m. E. auf den Anwendungsbereich des § 180 BGB übertragen werden. Auch nach § 180 Satz 2 2. Fall BGB tritt das Gewißheitsinteresse hinter das Genehmigungsinteresse zurück, wenn der Erklärungsempfänger sich mit dem vollmachtlosen Handeln einverstanden erklärt, sich also auf die Ungewißheit einläßt. Selbst bei verdeckten Mängeln in der Vertretungsmacht kann die vom Vertrag auf die Vollmachtserteilung übergreifende Genehmigungsfähigkeit befürwortet werden, da der Vollmachtsempfänger in solchen Fällen jedenfalls hinreichend durch sein Widerrufsrecht analog § 178 BGB<sup>28</sup> geschützt ist.

#### b) Rechtseinheit

Noch wenig erörtert<sup>29</sup> ist die Frage, ob Kaufvertrag, Vorwegbeleihungsverpflichtung und Vorwegbeleihungsvollmacht eine rechtliche Einheit i. S. von § 139 BGB bilden.

Nur das OLG *Thüringen*<sup>30</sup> und das BezG *Dresden*<sup>31</sup> hatten bislang über diese Rechtsfrage zu entscheiden. In beiden Fällen war die Frage der Geschäftseinheit nicht ausdrücklich im Urkundstext geregelt. Beide Gerichte

27) BGHZ 110, 363/370 = DNotZ 1991, 374 = NJW 1990, 1721.

28) Vgl.: *Staudinger/Gursky*, § 180 Rdn. 6; *Erman/Brox*, § 180 Rdn. 8.

29) Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Amann*, A I, Rdn. 120; *ders.*, MittBayNot 1996, 420, und *Ertl*, MittBayNot 1989, 53/61, die die Vorwegbeleihungsverpflichtung des Verkäufers als Bestandteil des Kaufvertrages nach § 313 BGB für beurkundungsbedürftig halten; vgl. auch *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., 1993, Rdn. 3160 und 3567.

30) OLG *Thüringen*, OLG-NL 1994, 245/246 = DNotI-Report 1/1995, 6 (nur referiert).

31) BezG *Dresden*, Beschl. v. 14. 7. 1992 – 2 T 200/92, DNotI-Report 4/1993, 6 (nur referiert).



schlossen jedoch aus der Interessenlage und den Umständen des jeweiligen Einzelfalles darauf, daß der für § 139 BGB erforderliche Einheitlichkeitswille vorlag und mithin Kaufvertrag und Vorwegbeleihungsvollmacht zu einer Geschäftseinheit verknüpft waren.

Zu konstatieren ist, daß die Vorwegbeleihungsvollmacht auch dann genehmigungsfähig ist, wenn sie mit dem Kaufvertrag eine Geschäftseinheit bildet.

### c) Exkurs

Am Rande sei vermerkt, daß bei Vorliegen einer solchen Rechtseinheit die etwa von einer behördlichen oder sonstigen privaten Genehmigung abhängende schwebende Unwirksamkeit eines Kaufvertrages auch auf die Vorwegbeleihungsverpflichtung und – Vollmacht übergreift. § 139 BGB gilt für alle Arten der Unwirksamkeit, auch für die schwebende Unwirksamkeit. Es wird deshalb empfohlen, die Wirksamkeit der Vorwegbeleihungsvollmacht unabhängig von solchen Genehmigungen zu machen und die von ihnen ausgehende schwebende Unwirksamkeit auf den Kaufvertrag im übrigen zu begrenzen<sup>32</sup>.

## II. Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung

Kommt auch die h. M. in aller Regel zur Genehmigungsfähigkeit der ohne Vertretungsmacht erteilten Vorwegbeleihungsvollmacht, so stellt sich die weitere Frage, ob die Genehmigung der Kaufurkunde die darin enthaltene Vorwegbeleihungsvollmacht nur für die Zukunft (ex nunc ab Genehmigungserteilung) oder auch rückwirkend für die Vergangenheit (ex tunc ab Vollmachtserteilung) wirksam werden läßt.

Nach § 184 Abs. 1 BGB wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Die Rückwirkung der Genehmigung gilt nach einhelliger Ansicht<sup>33</sup> nicht nur für Verträge, sondern auch für genehmigungsfähige einseitige Rechtsge-

32) Vgl. dazu Beck'sches Notar-Handbuch/*Brambring*, A I, Rdn. 247, der insoweit folgende Formulierung vorschlägt: „Die Vollmacht kann ausgeübt werden, bevor erforderliche behördliche Genehmigungen erteilt sind“; noch weitergehend *Hügel*, NotBZ 1997, 9/13: „Die Rechtswirksamkeit dieser Vollmacht und die Rechtswirksamkeit des Kaufvertrages in übrigen sind voneinander unabhängig“; vgl. auch zur Genehmigungsbedürftigkeit einer Finanzierungsgrundschuld beim Vormundschaftsgericht trotz bereits zum Kaufvertrag (samt Vorwegbeleihungsvollmacht) erteilter Genehmigung: *Müller*, DNotI-Report 15/1997, 171; vgl. auch *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdn. 3160 und 3567 mit der Ansicht, daß eine im Kaufvertrag enthaltene Belastungsvollmacht nicht von etwaigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen zum Kaufvertrag abhängig sei; trotz dieser Ansicht empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung, um etwaige Auslegungszweifel von vornherein auszuschließen.

33) RGZ 66, 430/432 (zur Nachfristsetzung gemäß § 326 BGB); OLG *Zweibrücken*, FamRZ 1996, 430/431 (zur Anschließungserklärung des Kindes gemäß § 1616 a BGB); MünchKomm/Schramm, § 180 Rdn. 10 und § 184, Rdn. 13; *Soergel/Leptien*, § 180 Rdn. 13; *Erman/Brox*, § 180 Rdn. 8; *Thiele*, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 278; wohl auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 4. Aufl., 1992, § 52 Anm. 3 in Fußn. 22.

schäfte, zu denen die ohne Vertretungsmacht erteilte Vollmacht zählt<sup>34</sup>. Auch der Kommentierung von *Heinrichs*<sup>35</sup> kann nichts Abweichendes entnommen werden<sup>36</sup>. Um Zweifel auszuräumen, die in der Grundbuchpraxis trotz dieses klaren Meinungsstandes vorhanden sind, wird im folgenden eine nähere Begründung für die Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung gegeben.

Für die Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung spricht bereits der Wortlaut des § 180 Satz 2 BGB, wonach bei einem genehmigungsfähigen einseitigen Rechtsgeschäft die *Vorschriften über Verträge* entsprechende Anwendung finden. Bei Verträgen aber steht die Rückwirkung einer Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB außer Zweifel. Hinzu kommt, daß § 184 Abs. 1 BGB selbst den Begriff des Rechtsgeschäfts enthält, ohne zwischen ein-, zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften zu differenzieren.

Der eindeutige Wortlaut wird bestätigt durch einen Blick auf die einschlägigen Strukturprinzipien. Nach dem im Vertretungsrecht geltenden Repräsentationsprinzip<sup>37</sup> und dem im Zustimmungsrecht verwirklichten rechtstechnischen Grundsatz<sup>38</sup> der Absonderung der Zustimmung vom Tatbestand des Rechtsgeschäfts (Akttypus) kommt es für den Inhalt eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich auf die Erklärung und den Willen des Vertreters (Handelnden) an. Der Vertretene (zustimmende Dritte) kann ein Rechtsgeschäft nach zutreffender Ansicht<sup>39</sup> nur mit dem Inhalt genehmigen, mit dem es der Vertreter (Handelnde) vorgenommen hat. Zum Inhalt eines Rechtsgeschäfts gehört auch die Bestimmung des Zeitraums, auf den sich die Wirkungen des Rechtsgeschäfts beziehen sollen.

Diese Dogmatik bildet den Hintergrund für das Verständnis des § 184 Abs. 1 BGB, dem die Annahme zugrunde liegt, daß es im Zweifel („soweit nicht ein anderes bestimmt ist“) dem Willen des Vertreters (Handelnden) entspricht, die Wirkungen des von ihm vorgenommenen Geschäfts (Vollmachtserteilung) auf den Zeitpunkt der Vornahme (Erteilung) zu beziehen und nicht auf den Zeitpunkt der Genehmigung hinauszuschieben<sup>40</sup>. Diese

---

34) Zur Genehmigungsfähigkeit siehe oben Abschnitt B I.

35) *Palandt/Heinrichs*, § 184 Rdn. 2, wo es in der 56. Aufl. noch heißt: Soweit einseitige Rechtsgeschäfte ausnahmsweise genehmigungsfähig sind (§ 182 Rdn. 5), wird das Rechtsgeschäft erst mit dem Zeitpunkt der Genehmigung (ex nunc) wirksam.

36) Nach schriftlicher Auskunft des Kommentators gilt die betreffende Kommentierung „nicht für die nach § 180 Satz 2 BGB genehmigungsfähige Vollmachtserteilung“ und es gebe auch für die dort (durch Bezugnahme auf § 182 Rdn. 5) angesprochenen Fälle „wohl eigentlich keinen überzeugenden Sachgrund, der Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften die Rückwirkung zu versagen“. Für die 57. Aufl. des *Palandt* ist eine Änderung der Kommentierung zu § 184 BGB dahin angekündigt, daß die Genehmigung auch bei einseitigen Rechtsgeschäften, soweit sie zulässig ist, rückwirkende Kraft hat.

37) Vgl. dazu nur *MünchKomm/Schramm*, Vor § 164 Rdn. 62.

38) Vgl. dazu nur *MünchKomm/Schramm*, Vor § 182 Rdn. 11.

39) *MünchKomm/Schramm*, § 184 Rdn. 10; *Staudinger/Gursky*, § 184 Rdn. 39.

40) Würde der Vertreter (Handelnde) die Wirkungen des Geschäfts auf den Zeitpunkt der Genehmigung hinausschieben wollen, so müßte er insoweit eine aufschiebende Bedingung vereinbaren. Eine solche aufschiebende Bedingung wird man dem Verhalten des Vertreters (Han-

gesetzliche Präsomtion trifft ohne Einschränkung auf die genehmigungsfähige Vollmachtenerteilung zu.

Ein entsprechender Wille des Vertreters ist evident, wenn ihm der Mangel seiner Vertretungsmacht verborgen bleibt und er ohne weiteres von der sofortigen Wirksamkeit des Vertretergeschäfts (Vollmachtenerteilung) ausgeht.

Aber auch bei offenem Vollmachtenmangel ist ein entsprechender Wille anzunehmen, weil dies die Vornahme des Vertretergeschäfts vereinfacht, beschleunigt und verbilligt, was am Beispiel der Vorwegbeleihungsvollmacht deutlich wird. Zum einen wird der Verkäufer (Vertretene) von der Genehmigung des oder der einzelnen Finanzierungsgrundschulden (Vertretergeschäfte) entlastet; wenn er die aufgrund der schwebend unwirksamen Vorwegbeleihungsvollmacht bestellten Finanzierungsgrundschulden gebündelt *in einem Akt* durch rückwirkende Genehmigung der Kaufurkunde in Kraft setzen kann. Zum anderen wird die Bestellung der Finanzierungsgrundschulden beschleunigt, da der Käufer (Vertreter) bereits im Vorgriff auf die Genehmigung – ggf. schon im Kauftermin – von der Vorwegbeleihungsvollmacht Gebrauch machen kann und nicht bis zu ihrer Genehmigung warten muß. Und schließlich kann eine rückwirkende Vollmachtengenehmigung Transaktionskosten vermeiden oder verringern, wenn die Genehmigung des Vertretergeschäfts – wie bei der Grundschuld – notarieller Form bedarf. Ist die Vorwegbeleihungsvollmacht – wie üblich – in der Kaufurkunde enthalten und wird sie mit dieser genehmigt, so entstehen wegen ihrer Gegenstandsgleichheit mit dem Kaufvertrag keine zusätzlichen Notarkosten<sup>41</sup>. Demgegenüber fallen für die Genehmigung der Grundschuldurkunden entweder zusätzliche Entwurfs- (§§ 145 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO) oder zusätzliche Beglaubigungsgebühren (§ 45 KostO) an, die keiner der Beteiligten – bei ordnungsgemäßer Aufklärung über deren Vermeidbarkeit – in Kauf nehmen würde. Aus alledem folgt: Nur wenn die Wirkungen der nachträglich genehmigten und der von vornherein wirksam erteilten Vollmacht so weit wie möglich angenähert sind, können die Beteiligten die Vorteile der Arbeitsteilung, die das Institut der Stellvertretung eröffnen soll, voll ausschöpfen, und zwar unabhängig davon, welchen Weg sie wählen.

Schließlich stehen auch die Interessen der am Vertretergeschäft (Grundschuld) materiell Beteiligten, nämlich des Vertretenen (Verkäufers) und des mit dem Handeln des Vertreters (Käufers) konfrontierten Dritten (Finan-

---

delnden) nur dann entnehmen können, wenn besondere Umstände auf einen solchen Willen schließen lassen. Aber auch wenn im Einzelfall die vollmachtlose als aufschiebend bedingte Vollmachtenerteilung gewollt ist, würden bei Bedingungseintritt (Vollmachtengenehmigung) zuvor vorgenommene Vertretergeschäfte (Grundschulden) entsprechend § 184 Abs. 1 BGB ebenfalls wirksam werden, so: MünchKomm/Schramm, § 167 Rdn. 5; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 4. Aufl., 1992, § 52 Anm. 3 in Fußn. 22; Müller, DNotZ 1997, 100/105.

41) H. M.: KG, DNotZ 1992, 117; Göttlich/Mümmeler, KostO, 12. Aufl., 1995, 153 m. w. Nachw.

zierungsgläubigers), einer rückwirkenden Vollmachtsgenehmigung nicht entgegen.

Für den Dritten (Finanzierungsgläubiger) macht es keinen Unterschied, ob der Vertretene (Verkäufer) das Vertretergeschäft (Grundschild) selbst oder die diesem zugrundeliegende (Vorwegbeleihungs-)Vollmacht genehmigt. Seine Interessen werden auch im Falle der Genehmigung der Vollmacht uneingeschränkt durch die §§ 177 bis 180 BGB geschützt. Hat etwa der Dritte (Finanzierungsgläubiger) berechtigterweise vor Vollmachtsgenehmigung das Vertretergeschäft (Grundschild) gemäß § 178 BGB widerrufen oder ist nach der von ihm erklärten Aufforderung zur Genehmigung die Zweiwochenfrist gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB fruchtlos verstrichen, so kann das Vertretergeschäft auch nicht durch die Genehmigung der Vollmacht rückwirkend wirksam werden. Die Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung kann sich nur auf solche Rechtsfolgen beziehen, deren Eintritt im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung rechtlich überhaupt (noch) möglich ist<sup>42</sup>, was nicht (mehr) der Fall ist, wenn die Genehmigungsfähigkeit des Vertretergeschäfts zwischenzeitlich (§§ 177 Abs. 2 Satz 2, 178 BGB) weggefallen ist oder gar von Anfang an (§ 180 Satz 1 BGB) fehlte. Hat der Dritte (Finanzierungsgläubiger) den Vertretenen (Verkäufer) zur Genehmigung aufgefordert, kann die Genehmigung nach § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB nur noch dem Dritten gegenüber erfolgen. Auch dieses Erfordernis kann durch die Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung nicht überspielt werden, da die Genehmigung nach § 184 BGB nur die Vollmachtswirkungen zurückbeziehen, nicht jedoch eine zwischenzeitlich rechtlich erforderlich gewordene Erklärung gegenüber dem Dritten fingieren kann. Im übrigen werden schutzwürdige Interessen des Dritten nicht tangiert, da die Genehmigung des Vertretergeschäfts nicht notwendig dem Dritten gegenüber zu erklären ist, sondern – wie die Genehmigung der Vollmacht auch – dem Vertreter (Käufer) gegenüber erklärt werden kann. Die verbleibende, mit der schwebenden Unwirksamkeit des Vertretergeschäfts verbundene Ungewißheit hat der Dritte nach dem Gesetz (§§ 177 Abs. 1, 180 Satz 2 BGB) hinzunehmen.

Die Interessen des Vertretenen ( Verkäufers) werden durch eine Rückwirkung der Vollmachtsgenehmigung ebenfalls nicht beeinträchtigt, da er sich vor der Erteilung der Vollmachtsgenehmigung über die getätigten Vertretergeschäfte (Grundschilden) informieren und etwaige inzwischen eingetretene Ereignisse berücksichtigen kann<sup>43</sup>.

Zweifel an der rückwirkenden Kraft der Vollmachtsgenehmigung sind nach alledem nicht begründet.

Die mit rückwirkender Kraft genehmigte (Vorwegbeleihungs-)Vollmacht ist rechtlich so anzusehen, als ob ihre Wirksamkeit schon zur Zeit der

42) Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 278.

43) Vgl. Thiele, Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, S. 131.

Erteilung eingetreten ist<sup>44</sup>. Dies bedeutet, daß auch alle aufgrund der erteilten, jedoch noch nicht genehmigten Vollmacht vorgenommenen Vertretergeschäfte – Vollendung des Gesamttatbestandes vorausgesetzt – ohne weiteres durch die Vollmachtsgenehmigung wirksam werden. Die Bedeutung der rückwirkenden Vollmachtsgenehmigung liegt gerade darin, die zwischen Erteilung und Genehmigung vorgenommenen Vertretergeschäfte *uno actu* in Geltung zu setzen. Eine Rückwirkung, die den Vollmangels für die in der Schwebezeit vorgenommenen Vertretergeschäfte nicht nachträglich beseitigen würde, wäre eine Rückwirkung ohne Wirkung, also rechtlich ohne jeden Sinn.

### C. Bewilligung, Anträge und Vollstreckungsunterwerfung als Inhalt des Vertretergeschäfts

Soweit der Verkäufer als gegenwärtiger Eigentümer an der Grundschuldurkunde beteiligt ist, finden sich dort neben Willenserklärungen auch Verfahrenserklärungen, die im eingangs genannten Fall der Käufer für den Verkäufer aufgrund erteilter, jedoch noch nicht genehmigter Vorwegbeleihungsvollmacht abgibt. Hierzu gehören vor allem die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO), der Eintragungsantrag (§ 13 GBO) und die Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 800 ZPO). Auch insoweit stellt sich die Frage, ob diese in der Grundschuldurkunde enthaltenen Erklärungen aufgrund der Genehmigung der Kaufurkunde samt Vorwegbeleihungsvollmacht (Bewilligungs-, Antrags- und Unterwerfungsvollmacht) wirksam werden.

Nach allgemeiner Ansicht können die Eintragungsbewilligung<sup>45</sup>, der Eintragungsantrag<sup>46</sup> und die Vollstreckungsunterwerfung<sup>47</sup> durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erklärt und nachträglich genehmigt werden. Unabhängig davon, ob dies aus einer entsprechenden Anwendung des § 89 Abs. 2 ZPO oder der §§ 177 ff. BGB herzuleiten ist, besteht Einigkeit darüber, daß für diese Verfahrenserklärungen § 180 Satz 1 BGB nicht gilt. M. E. folgt dies aus der Funktion der betreffenden Verfahrenserklärungen als Grundlage (Voraussetzung) des Eintragungs- bzw. Vollstreckungsverfahrens. Erst in dem Zeitpunkt, in dem das zuständige Organ über die Eintragung bzw. den Beginn der Vollstreckung zu entscheiden hat, müssen die Grundlagen des Verfahrens geklärt sein. Ein schutzwürdiges Interesse daran, bereits vor diesem Zeitpunkt Gewißheit über die Nichtigkeit (Unverwertbarkeit) der betreffenden Verfahrenserklärungen zu haben, ist nicht ersichtlich.

44) Vgl. allgemein zur Bedeutung der Rückwirkung: MünchKomm/Schramm, § 184 Rdn. 11; Staudinger/Gursky, § 184 Rdn. 28.

45) Nur OLG Frankfurt, Rpfleger 1997, 60 m. w. Nachw.

46) Nur Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 7. Aufl., 1988, § 18 GBO Rdn. 37 m. w. Nachw.

47) Nur RGZ 146, 308; Zöller/Stöber, ZPO, 20. Aufl., 1997, § 794 Rdn. 29 a; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rdn. 12. 12.

Für die Bewilligungs-, Antrags- und Unterwerfungsvollmacht kann nichts anderes gelten. Die betreffenden Verfahrensvollmachten können durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erteilt werden und bis zur Entscheidung des zuständigen Organs über die Eintragung bzw. den Beginn der Vollstreckung durch den Vertretenen mit rückwirkender Kraft genehmigt werden. Durch die Vollmachtsgenehmigung werden dann auch diejenigen Bewilligungen, Anträge und Vollstreckungsunterwerfungen in Kraft gesetzt, die zuvor aufgrund der schwebend unwirksamen Vollmacht erklärt worden sind. Dies kann damit begründet werden, daß man in der Vollmachtsgenehmigung eine konkludente Genehmigung aller zuvor aufgrund der Vollmacht vorgenommenen Verfahrenserklärungen sieht. M. E. ist es jedoch zutreffend, der Vollmachtsgenehmigung auch bei den hier in Frage stehenden Verfahrensvollmachten entsprechend § 184 Abs. 1 BGB rückwirkende Kraft beizumessen, denn auch hier entspricht es im Zweifel dem Willen des die Verfahrensvollmacht erteilenden Vertreters und den Interessen der Beteiligten, die Wirkungen der Vollmacht auf den Zeitpunkt ihrer Erteilung zu beziehen und nicht auf den Zeitpunkt der Genehmigung hinauszuschieben<sup>49</sup>.

#### D. Zusammenfassung

1. Eine ohne Vertretungsmacht erteilte Vorwegbeleihungsvollmacht ist generell genehmigungsfähig. § 180 Satz 1 BGB ist nach der hier vertretenen Ansicht nicht anwendbar. Auch die h. M., die § 180 Satz 1 BGB auf die Vollmachtserteilung für anwendbar hält, wird gemäß § 180 Satz 2 BGB in aller Regel zur Genehmigungsfähigkeit der Vorwegbeleihungsvollmacht kommen.

2. Die Genehmigung der schwebend unwirksamen Vorwegbeleihungsvollmacht hat gemäß § 184 BGB rückwirkende Kraft. Dies bedeutet, daß auch alle aufgrund der erteilten, jedoch noch nicht genehmigten Vorwegbeleihungsvollmacht bestellten Grundschulden – Vollendung des Gesamttatbestandes vorausgesetzt – durch die Vollmachtsgenehmigung ohne weiteres wirksam werden. Einer gesonderten Genehmigung der Grundschuldurkunde bedarf es nicht.

3. Auch in der Grundschuldurkunde enthaltene Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBO), Eintragungsanträge (§ 13 GBO) und Vollstreckungsunterwerfungen (§ 800 ZPO) werden durch die rückwirkende Genehmigung der Kaufurkunde samt Vorwegbeleihungsvollmacht (Bewilligungs-, Antrags- und Unterwerfungsvollmacht) wirksam.

---

48) Dazu *Meikel/Lichtenberger*, § 19 GBO Rdn. 144 und 160; vgl. auch *Haegel/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdn. 102.

49) Siehe oben Abschnitt B II.