
Datum: 25.11.2022
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 15 W 114/22
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2022:1125.15W114.22.00

Schlagworte: Keine analoge Anwendung des § 40 GBO bei isolierter Bestellung von Grundpfandrechten

Normen: GBO § 39, GBO § 40

Leitsätze:

§ 40 GBO ist auf Fälle einer isolierten Belastung des Grundbesitzes mit einem (Finanzierungs-) Grundpfandrecht nicht – analog - anwendbar, sodass es bei dem Erfordernis einer Voreintragung nach § 39 GBO verbleibt (Anschluss an OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bewilligung durch die Erben selbst oder durch einen von ihnen Bevollmächtigten erfolgt.

Tenor:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert wird auf 101.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe: 1

I. 2

Als Berechtigte des im Wohnungserbbaugrundbuch von A Blatt ####7 verzeichneten Wohnungserbbaurechts sind zu je ½ Anteil die Beteiligten zu 1) und ihr verstorbener Ehemann B, der Vater der Beteiligten zu 2) und zu 3), eingetragen. 3

Ausweislich des vom Nachlassgericht erteilten gemeinschaftlichen Erbscheins (Az.: 13 VI 528/21 AG Witten) ist der Mitberechtigte B von der Beteiligten zu 1) zu ½ Anteil und den 4

Beteiligten zu 2) und zu 3) zu je ¼ Anteil beerbt worden.

In der notariellen Urkunde vom 12.01.2021 (UR-Nr.##8/2021 des Notars C in D) verkaufte die Beteiligte zu 1), zum einen handelnd für sich selbst und zum anderen handelnd als vollmachtlose Vertreterin für die Beteiligten zu 2) und zu 3), das Wohnungserbbaurecht zu einem Kaufpreis von 105.000,00 Euro an die Beteiligte zu 4) und erklärte die entsprechende Auflassung. Unter § 4 des Kaufvertrages wurde der Beteiligten zu 4) zudem das Recht eingeräumt, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten, die der Sicherung von Darlehensforderungen für die Finanzierung des Kaufpreises und der Nebenkosten dienen. Sie wurde ausdrücklich bevollmächtigt, die Verkäufer bei allen zur Bestellung erforderlichen Rechtshandlungen zu vertreten und die notwendigen Anträge zu den Grundakten zu stellen. 5

Die in der vorgenannten Urkunde enthaltenen Erklärungen genehmigten die Beteiligten zu 2) und zu 3) am 14.10.2021 (UR-Nr. ##2/2021 des Notars C in D) und am 15.10.2021 (UR-Nr. ##6/2021 des Notars C in D). 6

Mit gesonderten Urkunden vom 12.10.2021 (UR-Nr. ##9/2021 des Notars C in D) und vom 16.12.2021 (UR-Nr.##3/2021 des Notars C in D) bewilligte die Beteiligte zu 4) sodann im eigenen Namen und aufgrund der kaufvertraglichen Belastungsvollmacht im Namen der Beteiligten zu 1) bis 3) die Eintragung einer Buchgrundschuld über 101.000,00 Euro nebst 15 % Jahreszinsen zugunsten der Beteiligten zu 5) und beantragte im Namen der Eigentümer die Eintragung. 7

Mit Schreiben vom 24.01.2022 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte als beurkundender Notar, dem Antrag aus der Urkunde vom 12.10.2021 zu entsprechen und die für die Beteiligte zu 5) bestellte Grundschuld sowie die Zwangsvollstreckungsunterwerfung an bereiter Rangstelle in das Grundbuch einzutragen. Er wies darauf hin, dass Anträge aus dem Kaufvertrag zurzeit nicht gestellt werden. 8

Das Grundbuchamt forderte den Verfahrensbevollmächtigten am 01.02.2022 auf, einen Berichtigungsantrag zu stellen und wies ihn am 02.02.2022 telefonisch darauf hin, dass vor der Eintragung der Grundschuld zunächst die Erben des eingetragenen Eigentümers im Grundbuch eingetragen werden müssten. Mit Schreiben vom 03.02.2022 entgegnete der Verfahrensbevollmächtigte unter Hinweis auf ein Gutachten des dt. Notarinstituts (Gutachten vom 19.03.2021, Abruf-Nr.: 181790), dass die Voreintragung der Erbengemeinschaft seiner Auffassung nach nicht erforderlich sei. Das Grundbuchamt teilte dem Verfahrensbevollmächtigten telefonisch unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 20.10.2020 (Az.: 1 W 1357/20) mit, dass das in Bezug genommene Gutachten auf diesen Fall nicht passe. Der Verfahrensbevollmächtigte bat um eine rechtsmittelfähige Entscheidung. 9

Mit Beschluss vom 11.04.2022 hat das Grundbuchamt den am 24.01.2022 gestellten Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen, weil es an der erforderlichen Voreintragung der Erbengemeinschaft gemäß § 39 GBO fehle. Zur Begründung hat es erneut auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 20.10.2020 Bezug genommen. 10

Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 22.04.2022 namens aller Beteiligten Beschwerde eingelegt und die Ansicht vertreten, dass die vom Grundbuchamt zitierte Entscheidung des Kammergerichts nicht der herrschenden Meinung entspreche, sondern es vielmehr eine Reihe abweichender Entscheidungen gebe. 11

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 27.04.2022 nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

II. 13

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet. 14

1. 15

Die Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und durch den Verfahrensbevollmächtigten in zulässiger Weise sowie formgerecht erhoben worden (§ 73 GBO i.V.m. § 15 Abs. 2 GBO). Der Verfahrensbevollmächtigte hat die Beschwerde ausdrücklich im Namen aller Beteiligten eingelegt. 16

2. 17

Die Beschwerde ist unbegründet, weil das Grundbuchamt mit der angefochtenen Entscheidung zu Recht die beantragte Eintragung einer Grundschuld mangels Voreintragung der aus den Beteiligten zu 1), zu 2) und zu 3) bestehenden Erbengemeinschaft zurückgewiesen hat. 18

Von dem in § 39 GBO statuierten Grundsatz der Voreintragung des von der Rechtsänderung Betroffenen macht § 40 Abs. 1 GBO für den Fall eine Ausnahme, dass die von der Rechtsänderung betroffene Person Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung des Rechts eingetragen werden soll oder der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers begründet wird. Das Gleiche gilt gemäß § 40 Abs. 2 GBO für eine Eintragung aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist. 19

a) 20

Einer der gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle des § 40 GBO liegt nicht vor, weil die begehrte Grundbucheintragung nicht auf eine Übertragung des Wohnungserbbaurechts oder dessen Aufhebung gerichtet ist. Beantragt ist vielmehr die Belastung des Wohnungserbbaurechts mit einem Grundpfandrecht, die vom Wortlaut des § 40 Abs. 1, Fall 1 GBO nicht erfasst wird. 21

Die Voreintragung ist nach § 40 Abs. 1 Fall 1 GBO auch nicht deswegen entbehrlich weil mit der Belastung zeitgleich die Übertragung des Rechtes verbunden ist (vgl. Demharter, GBO, 32. Auflage 2021, § 40 Rn. 18), denn die gleichzeitige Eintragung der Beteiligten zu 4) als Berechtigte des Wohnungserbbaurechts wird nicht beantragt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass Anträge aus dem Kaufvertrag nicht gestellt werden. 22

b) 23

§ 40 Abs. 1 1.Alt. GBO ist auch nicht analog anwendbar (Bauer in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Auflage 2018, § 40 Rn. 19; Demharter, a.a.O., § 40 Rn. 18; Zeiser in: Hügel, BeckOK GBO, 47. Edition, Stand: 30.09.2022, § 40 Rn. 20; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 142c; a.A.: Böttcher in: Meikel, GBO, 11. Auflage 2015, § 40 Rn. 28). 24

25

Zwar handelt es sich bei der einzutragenden Grundschuld um eine Finanzierungsgrundschuld. § 40 GBO ist als Ausnahme vom in § 39 GBO statuierten Grundsatz der Voreintragung jedoch eng auszulegen (OLG München, Beschluss vom 27.04.2006, Az.: 32 Wx 67/06 – beck-online; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21 – juris; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, Az.: 12 W 38/2 – juris; Zeiser in: Hügel, a.a.O., § 40 Rn. 20). Unter dieser Prämisse fehlt es an einer für die analoge Anwendung erforderliche vergleichbare Interessenlage. Eine solche liegt nur vor, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit 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 (BGH, Urteil vom 16. 07.2003, Az.: VIII ZR 274/02 – beck-online).

Das kann im Fall der isolierten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht angenommen werden. Der Verzicht auf eine Voreintragung im Fall des § 40 Abs. 1, Fall 1 GBO – dessen analoge Anwendung beim Handeln durch die Erben selbst bzw. eines durch die Erben Bevollmächtigten allein in Betracht kommt – rechtfertigt sich daraus, dass die Voreintragung nach § 39 GBO bei bevorstehender Aufhebung bzw. Übertragung des Rechts bloße Förmerei wäre. Denn mit der Eintragung der Aufhebung bzw. Übertragung des Rechts verlöre der Voreingetragene sofort wieder seine Rechtsposition, sodass auch für den interessierten Rechtsverkehr kein Bedarf besteht, diesen Zwischenerwerb im Grundbuch zu verlautbaren. Hiervon unterscheidet sich die Eintragung einer Belastung grundlegend, da der Bewilligende seine Rechtsposition mit dieser Eintragung nicht verliert, sondern diese lediglich inhaltlich verändert wird (OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, Az.: 12 W 38/21 – juris). Nichts anders gilt bei einer Finanzierungsgrundschuld. Denn auch sie stellt letztlich eine dauerhafte Belastung eines Grundstücks mit einem Fremdrecht dar (OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, Az.: 3 W 22/21 – juris). Ihr sachlicher Zusammenhang mit der Veräußerung und Übertragung des Wohnungserbbaurechts ist rein wirtschaftlicher Natur.

c) 27

Auch der Umstand, dass nach allgemeiner Meinung die Voreintragung der Erben analog § 40 Abs. 1 Fall 1, Alt. 1 GBO für entbehrlich gehalten wird, wenn statt der Übertragung des Rechts zunächst nur eine Eigentumsvormerkung – und damit ebenfalls eine Belastung – eingetragen werden soll, lässt keinen Rückschluss auf eine analoge Anwendung dieser Norm auf die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld zu (OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, Az.: 12 W 38/21 - juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, Az.: 8 W 311/18 - juris; KG Berlin Beschluss vom 22.10.2020, Az.: 1 W 1357/20 - juris; KG Beschluss vom 02.08.2011, Az.: 1 W 243/11 – juris; OLG Bremen, Beschluss 29.11.2021, Az.: 3 W 22/21 – juris).

Denn die Analogie rechtfertigt sich im Fall der Eigentumsvormerkung daraus, dass sich ihre Bedeutung in der Sicherung des Übertragungsanspruchs erschöpft und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist (BGH, Beschluss vom 05.07.2018, Az.: V ZB 10/18 m.w.N.– beck-online; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020, Az.: 1 W 1357/20 – juris; KG Berlin, Beschluss vom 02.08.2011, Az.: 1 W 243/11 – juris). Aus diesem Grund geht die Eigentumsvormerkung sowohl nach Durchführung der Eigentumsübertragung als auch bei Scheitern des darauf gerichteten Vertrages unter und ist bei entsprechendem Nachweis im Grundbuch im Wege der Berichtigung zu löschen (KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020, Az.: 1 W 1357/20 – juris).

Bei einem Antrag auf Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld als abstraktes Sicherungsrecht besteht keine entsprechende Rechts- und Interessenlage. Zwar steht bei ihr ebenso wenig wie bei der Eintragung einer Eigentumsvormerkung fest, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch tatsächlich auch erfolgt oder gar „innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit“ nachfolgen wird (a.A.: OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017, Az.: 20 W 179/17 – juris; OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, Az.: 18 W 33/19 – juris; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2019, Az.: 2 Wx 123/18 – juris; Böttcher in: Meikel, a.a.O., § 40 Rn. 28). Anders als die Eigentumsvormerkung, die wegen ihrer Abhängigkeit vom Bestehen des zu sichernden Anspruchs bei Scheitern des Übertragungsanspruchs als unrichtig zu löschen wäre, bliebe die Finanzierungsgrundschuld jedoch bestehen, ohne dass dem Grundbuch ersichtlich wäre, auf wen die dauerhafte Belastung des Grundstücks zurückzuführen ist (KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020, Az.: 1 W 1357/20 – juris; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, Az.: 3 W 22/21 – juris; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, Az.: 12 W 38/21 – juris; KG Berlin, Beschluss vom 02.08.2011, Az.: 1 W 243/11 – juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, Az.: 8 W 311/18 – juris).

d) 31

Ebenso wenig lassen sich der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht, dass die Voreintragung der Erben dann nicht erforderlich ist, wenn ein transmortal Bevollmächtigter über ein Grundstück verfügt und dieses mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet (so: OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017, Az.: 20 W 179/17 – juris; KG Berlin, Beschluss vom 22.10.2020, Az.: 1 W 1357/20 – juris; OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, Az.: 18 W 33/19 – juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, Az.: 8 W 311/18 – juris; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, Az.: 2 WX 123/18 – juris), Argumente für eine analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO bei einer Belastung des Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld durch die Erben oder durch einen von diesen Bevollmächtigten entnehmen.

Denn die Entbehrlichkeit der Voreintragung im Fall des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten knüpft nicht an den Inhalt der einzutragenden Verfügung, sondern an die Person des Verfügenden an. Sie beruht darauf, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar ist, für den ausdrücklich die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1, Fall 2, Alt. 2 GBO gilt (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017, Az.: 20 W 179/17 – juris). Denn in beiden Fällen bindet der Erklärende die Erben durch seine Bewilligung und zwar unabhängig davon, wer tatsächlich Erbe ist bzw. in einem Erbschein als solcher bezeichnet ist oder durch ein Urteil als Erbe festgestellt wird (vgl. KG Berlin, Urteil vom 02.03.2021, Az.: 1 W 1503/20 – juris). Dementsprechend muss auch beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten kein Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO geführt werden (Senat, Beschluss vom 10.01.2013, Az.: 15 W 79/12 – beck-online; Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 81.1 m.w.N.). Die Vergleichbarkeit des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten mit dem eines Nachlasspflegers greift aber beim Handeln durch die Erben selbst oder eines durch diese Bevollmächtigten nicht. Vielmehr muss die Erbfolge geklärt und dem Grundbuchamt in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden. Die Entbehrlichkeit der Voreintragung in Analogie zu § 40 Abs. 1, Fall 2, Alt. 2 GBO scheidet aus.

Insoweit greift auch der Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten auf das Gutachten des DNotl vom 19.03.2021 (Abruf-Nr.: 181790) nicht, da das Gutachten das Handeln eines Nachlassinsolvenzverwalters und nicht der Erben selbst zum Gegenstand hat.

e) 35

Soweit als Hilferwägung für eine Entbehrlichkeit der Voreintragung der Erben darüber hinaus das Argument herangezogen wird, dass es Sinn und Zweck des § 40 GBO sei, den Erben die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen, wenn diese durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheiden würden (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017, Az.: 20 W 179/17 – juris), vermag allein das Kosteninteresse eine analoge Anwendung des § 40 GBO nicht zu rechtfertigen.	36
Zwar ist das Bedürfnis, eine ggfs. kostenpflichtige Grundbuchberichtigung in Fällen wie diesen zu vermeiden, durchaus nachvollziehbar. Dieses allein kann jedoch nicht über die Aufgabe des Grundbuchamtes gestellt werden, die eintretenden dinglichen Rechtsänderungen unter Geltung des Voreintragungsgrundsatzes möglichst lückenlos und Schritt für Schritt für den Rechtsverkehr zu dokumentieren. Das ist vorliegend aber gerade deswegen erforderlich, weil bei der Eintragung einer Finanzierungsbelastung nicht feststeht, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird (OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, Az.: 3 W 22/21 – juris).	37
3.	38
Der zurückweisende Beschluss ist auch nicht deswegen aufzuheben, weil das Grundbuchamt den Antrag ohne vorherigen Erlass einer Zwischenverfügung zurückgewiesen hat.	39
Zwar führt das vorgenannte Hindernis der fehlenden Voreintragung nicht dazu, dass der Antrag der Beteiligten zu 1) bis 3) zurückzuweisen wäre, weil das Grundbuchamt auf die fehlende Voreintragung des Berechtigten durch Zwischenverfügung hinwirken kann (Demharter, a.a.O., § 39 Rn. 18; Böttcher in: Meikel, a.a.O., § 39 Rn. 25; KG Berlin, Beschluss vom 02.08.2011, Az.: 1 W 243/11 – juris).	40
Vorliegend hat der Verfahrensbevollmächtigte im Laufe des Verfahrens durch seine Ausführungen jedoch ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er nicht gewillt war, dass vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis zu beseitigen, indem er die vom Grundbuchamt geforderte Voreintragung der Beteiligten zu 1) bis 3) beantragt. Er hat vielmehr klar zum Ausdruck gebracht, dass er eine solche Voreintragung für entbehrlich hält. Aus diesem Grund konnte und musste das Grundbuchamt auf Basis seiner eigenen Rechtsauffassung, die es im Rahmen von telefonischen Rücksprachen mit dem Verfahrensbevollmächtigten deutlich gemacht hat, den Antrag unmittelbar zurückweisen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2019, Az.: 3 WX 84/18 – juris ; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.10.2020 Az.: 3 WX 182/20 – juris).	41
4.	42
Eine Kostenentscheidung ist entbehrlich (§ 22 Abs. 1 GNotKG).	43
Der Beschwerdewert ist gemäß §§ 61 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 GNotKG auf 101.000,00 Euro festzusetzen.	44
5.	45
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor (§ 78 Abs. 2 GBO).	46
