Professor Dr. Dr. h. c. mult. Andreas Wacke LL. D. h. c., Köln*

Aufsätze

Die Rechtsscheinswirkung einer nicht zurückgegebenen Vollmachtsurkunde im Grundbucheintragungsverfahren**

Grenzen der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens

Einer vorgelegten Vollmachtsurkunde darf ein Kontrahent vertrauen, auch wenn die Vertretungsmacht vom Vollmachtgeber widerrufen wurde oder auf andere Weise erloschen ist. Das schützenswerte Vertrauen auf ihren Fortbestand ersetzt die objektiv nicht mehr vorhandene Vertretungsmacht. Schützenswert ist das Vertrauen nach den §§ 169, 173 BGB, wenn der Kontrahent das Erlöschen „bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts" weder kennt noch kennen muss. Welcher Zeitpunkt unter der „Vornahme des Rechtsgeschäfts" zu verstehen ist, ist umstritten; für den Erwerb von Rechten an einem Grundstück ist dies gänzlich unklar und wird selten erörtert. Auch der im folgenden zu analysierende Beschluss des OLG Hamm hat diesen entscheidungserheblichen Punkt nicht geklärt. Nach diesem Beschluss sei eine beantragte Rechtsänderung sogar dann nicht mehr einzutragen, wenn das Erlöschen der Vollmacht erst im Eintragungsverfahren zutage tritt. Gegenüber der Pflicht des Grundbuchamtes, das Grundbuch richtig zu halten, müsse nämlich der Schutz des Erwerbers zurücktreten. Dieses Ergebnis und diese Begründung sind jedoch unzutreffend. Gar nicht erörtert hat das OLG das hier in Betracht kommende Verbot des Selbstkontrahierens.

I. Einleitender Überblick

1. Eine ausgehändigte Vollmachtsurkunde ermächtigt den Vertreter gemäß §§ 172, 173 BGB unter deren Vorlegung zu Rechtsgeschäften im Namen des Vertretenen, solange die Urkunde nicht dem Vertretenen zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird – es sei denn, dass der andere Vertragspartner (der Kontrahent, im BGB heißt er „der Dritte") bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Vertretungsmacht kennt oder kennen muss. Der vom Vollmachtgeber veranlasste Schein einer Bevollmächtigung ersetzt die Wirklichkeit; wenn man auf den Schein vertrauen darf, steht dies einer wirklich erteilten Vertretungsmacht *gleich* (so ausdrücklich § 172 Abs. 1 unter Verweisung auf § 171 BGB). Guter Glaube und Wirklichkeit sind für den Redlichen demnach *äquipollent*[1]; im schützenswerten Vertrauen auf die Rechtsmacht eines Scheinberechtigten erwirbt man genauso wie vom wirklich Berechtigten. Dies erkannte bereits der große römische Jurist Julius Paulus (Anfang des 3. Jh. n. Chr.), dessen klassischen Ausspruch der Kaiser Justinian als Gesetzgeber in die *Regulae Iuris Antiqui* des Corpus Iuris Civilis aufnahm, Digesten 50,17,136: *Bona fides tantundem possidenti praestat quantum veritas,* „Seine Redlichkeit verschafft einem Besitzer ebensoviel wie die wirkliche Rechtslage".

2. Äquipollent heißt hier: Ob man vom Berechtigten erwirbt oder kraft guten Glaubens vom Nichtberechtigten, bleibt sich in der Wirkung gleich. Keiner der beiden Erwerbsvorgänge genießt einen Vorrang. Den Satz „Die Redlichkeit ersetzt die Wirklichkeit" darf man nicht missverstehen. Keineswegs ist die Redlichkeit ein „bloßer" Ersatz für die Wirklichkeit (wie Kaffee-Ersatz in schlechten Zeiten, „Muckefuck"[2]). Der Erwerb kraft Rechtsscheins ist kein solcher zweiter Klasse (er ist nicht wie Ware „zweiter Wahl").[3] Dieser Gleichstellung war sich das OLG Hamm offenbar nicht bewusst; denn es spricht abwertend wiederholt von einem Rechtserwerb, der „nur" kraft guten Glaubens stattfindet oder der sich „nur" aufgrund des Rechtsscheinstatbestandes des § 172 BGB vollziehen kann.[4] Dieser herabsetzende Sprachgebrauch ist ungerechtfertigt.

* Der Autor lehrte bis zu seiner Emeritierung Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität zu Köln und war Direktor des dortigen Instituts für Römisches Recht. Bis zur 4. Auflage war er Mitarbeiter am Münchener Kommentar zum BGB im Grundstücksrecht (§§ 873 bis 902) und im Familienrecht (§§ 1298 bis 1362 sowie Nichteheliche Lebensgemeinschaft). Bei ihm habilitierten sich die Professoren *Hans-Georg Knothe* und *Jürgen Kohler* (beide Greifswald), sowie *Christian Baldus* (Heidelberg). *Wacke* ist Ehrendoktor der Universitäten von Szeged (Ungarn), Trnava (Slowakei), der Pontificia Universidad Católica in Santiago de Chile und Legum Doctor honoris causa der University of South Africa (Pretoria). E-Mail: andreas.wacke@uni-koeln.de.

** Zur Kritik am Beschluss des OLG Hamm, Beschl. v. 11.05.2004 – 15 W 163/04; Fundstellen unten Fn. 10.

1 *Äquipollent* nennen wir zwei Ursachen oder Rechtsgründe nach lateinisch *aequus* ‚gleich' und *pollens* ‚mächtig sein' (von *pollêre* ‚vermögen'). Äquipollentes Vorbringen beider Parteien im Zivilprozess führt zur Verurteilung des Beklagten ohne Beweisaufnahme. Beispiel: Der Kläger begehrt Darlehensrückzahlung, der Beklagte bestreitet Darlehen mit der Begründung, geeinigt habe man sich auf einen Verwahrungsvertrag. Hier ist der Rückzahlungsanspruch jedenfalls gegeben (hilfsweise aus ungerechtfertigter Bereicherung).

2 Ursprünglich aus dem Rheinland kommende Bezeichnung für Gersten- oder Malzkaffee im Gegensatz zu Bohnenkaffee; Ende des 19. Jahrhunderts in Barmen-Elberfeld belegt. Vielleicht eine Verballhornung von frz. ‚mocca faux'; so *Lutz Röhrich,* Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten, 4. Aufl. 1986; teilweise anders *Friedrich Kluge/Elmar Seebold,* Etymologisches Wörterbuch, 23. Aufl. 1999, je *sub verbo.*

3 Unter dem Stichwort „Makeltheorie" wird im Strafrecht diskutiert, ob der redliche Erwerber einer unterschlagenen Sache geschädigt ist, weil sie mit einem moralischen Makel behaftet sei. Zivilrechtlich geschädigt ist er nicht. Dem Alteigentümer zurückgeben muss er die Sache nicht. Gibt er sie ihm freiwillig heraus, hat er gegen den Verkäufer keine Ansprüche wegen Rechtsmängelgewähr.

4 Absatz 15 der veröffentlichten Gründe (s. u. Fn. 10; „nur" hier in Anführungszeichen gesetzt vom Verf.).

Der gute Glaube muss allerdings zu einem bestimmten Zeitpunkt vorhanden sein, um einem Erwerb vom wirklich Berechtigten (oder Bevollmächtigten) gleichstehen zu können. Zur Orientierung über den jeweils maßgeblichen Zeitpunkt schauen wir uns nach in Betracht kommenden Parallelregelungen um. Methodisch befolgen wir dabei eine ‚topische' Rechtsfindung; denn griechisch *topos* bedeutet ‚Ort'. Die Topik besteht darin, dass man sich für das zu lösende Problem nach „Örtern" umschaut, an denen die Argumentation Halt finden kann – ähnlich wie ein Kletterer in der Felswand nach Stützen für seine Hände und Füße sucht. Innerhalb des Stellenwerts der so aufgefundenen Örter (als Fixpunkte innerhalb der Rechtsordnung) kann dann eine Lösung des anstehenden Problems „verortet" werden.

Die begonnene Ersitzung einer beweglichen Sache wird gemäß § 937 Abs. 2 BGB abgebrochen, wenn der Besitzer erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht. Hier gilt die aus dem kanonischen Recht rezipierte Regel: Nachträglicher böser Glaube schadet *(mala fides superveniens nocet)*.[5] Ähnlich ist gemäß § 955 Abs. 1 S. 2 BGB ein Erwerb von Früchten ausgeschlossen, wenn der Besitzer vor ihrer Trennung von der Muttersache von seinem Rechtsmangel erfährt. Vorher gezogene Früchte erwirbt er zu Eigentum *(bonae fidei possessor fructus suos facit)*.[6] Wenn es keine Übermaßfrüchte sind (§ 993 BGB) und er die Hauptsache auch nicht unentgeltlich erlangte (§ 988 BGB), kann sie auch der Eigentümer nicht von ihm herausverlangen (§ 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB).

Beim Erwerb einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten muss der Erwerbswillige bei Einigung und Übergabe redlich sein (§§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB). Hatte ihm der Veräußerer schon vorher die Sache übergeben (*brevi manu traditio,* § 929 S. 2 BGB), so muss der Erwerbswillige noch bei der Einigungserklärung redlich sein (§ 932 Abs. 1 S. 2 BGB). Will der nichtberechtigte Veräußerer einstweilen den Besitz behalten (Besitzkonstitut, *constitutum possessorium,* § 930 BGB), so muss der Erwerbswillige noch im Moment der späteren Übergabe durch den Veräußerer redlich sein, § 933 BGB.[7] Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt (§ 449 BGB) genügt der gute Glaube beim Erwerb des Anwartschaftsrechts mittels Übergabe; bis zur Zahlung der letzten Rate muss die Redlichkeit nicht fortbestehen, denn mit dem Bedingungseintritt erstarkt das Anwartschaftsrecht automatisch zum Vollrecht (§ 158 Abs. 1 BGB). Nach der Übergabe gilt dann also: spätere Bösgläubigkeit schadet nicht *(mala fides superveniens non nocet)*. Der maßgebliche Zeitpunkt für den guten Glauben des Erwerbswilligen ist in allen genannten Fällen des Erwerbs beweglicher Sachen also das Zusammentreffen von Einigung und Übergabe.

Der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs wird gemäß § 892 Abs. 2 BGB nur bis zur Stellung des Eintragungsantrags gefordert. Nachfolgende Kenntnis von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs ist unschädlich (*scientia superveniens non nocet*). Wird dem Erwerbswilligen eine Vormerkung bewilligt, so genügt seine Redlichkeit zur Zeit des Eingangs des auf deren Eintragung gerichteten Antrags beim Grundbuchamt. In beiden Fällen muss das Grundbuchamt eine nachträglich entdeckte Unrichtigkeit des Grundbuchs oder eine spätere Kenntnis des Erwerbswilligen hiervon ignorieren. Trotz nachfolgender Kenntnis ist eine spätere Grundbuchberichtigung dem vorgemerkten Gläubiger gegenüber relativ unwirksam (§§ 883 Abs. 2, 888 BGB analog). Weiß der Erwerbswillige bei der Stellung des Eintragungsantrags nichts von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, so muss das Grundbuchamt folglich den veräußernden Buchberechtigten wie den wirklich Berechtigten behandeln[8] und das beantragte Recht eintragen. Denn der im Zeitpunkt der Antragstellung ausgewiesene öffentliche Glaube des Grundbuchs vermag ebensoviel wie die Wirklichkeit (Äquipollenz).

3. Beim Erwerb des Rechts an einem Grundstück wird die Tragweite der §§ 172, 173 BGB für das Eintragungsverfahren im Grundbuch in der Kommentarliteratur selten präzise erläutert.[9] In der Praxis besteht deshalb hierüber erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies zeigt sich an einem Beschluss des 15. Zivilsenats des OLG Hamm vom 11. Mai 2004.[10] Der mitgeteilte Tatbestand des Beschlusses enthält Lücken, die Begründung ist unvollständig und fehlerhaft. Die Amtspflicht zur Richtighaltung des Grundbuchs stellt das OLG über den gebotenen Schutz des Vertrauens auf eine ausgehändigte Vollmachtsurkunde; die damit erreichte Aushöhlung ihrer Rechtsscheinswirkung ist gesetzeswidrig. Bei einer vom OLG nicht erörterten entsprechenden Anwendung des Verbots vom Selbstkontrahieren kann man jedoch vermutlich zum gleichen Ergebnis kommen.

5 *Detlef Liebs,* Lateinische Rechtsregeln, 7. Aufl. 2007, Nr. M 7 m. N., bes. *Andreas Wacke,* Mala fides superveniens non nocet, JA 1981, 233 f.

6 *Liebs* (Fn. 5), Nr. B 8–9.

7 Der Rechtsgedanke des § 933 BGB (Schutz des im Augenblick der tatsächlichen Übergabe Redlichen) ist gemeineuropäisches Recht, s. *Andreas Wacke,* Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, 1974, S. 43-50, *passim*; *ders.,* Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung, ZEuP 2000, 254–262.

8 *Joachim Kuntze,* in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 19 GBO Rn. 50, sowie Einl. Rn. 57. Streitig; anders leider in der 6. Aufl. 2006 *Muntzig,* § 19 GBO Rn. 9; dagegen s. u. Fn. 30.

9 Die einschlägigen Ausführungen von *Karl-Heinz Schramm,* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl. 2012, z. B. enthalten in § 173 BGB Rn. 4 bis 7 diverse Unklarheiten und sind nicht frei von Widersprüchen. Ein Zusammenhang mit §§ 878, 892 Abs. 2 BGB wird zuweilen nicht erwähnt (*Ulrich Leptien,* in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, 13. Aufl. 1999, § 173 BGB Rn. 3), zuweilen sogar (wie sich zeigen wird, zu Unrecht) ausdrücklich verneint (so *Schramm,* in MüKo, aaO; *Eberhard Schilken,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band §§ 164–240, 2009, § 173 BGB Rn. 8).

10 Abgedruckt in OLGR Hamm 2004, 371 = JMBl. NW 2004, 244 = NotBZ 2004, 397; weitere Fundstellen im Besprechungsaufsatz von *Ulrich Bous,* Zum Nachweis bestehender Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt unter besonderer Berücksichtigung des § 172 Abs. 1 BGB, in: Rpfleger 2006, 357–364, Fn. 2 (mit diversen Beispielsfällen, jedoch nicht stets bedenkenfrei).

II. Der Sachverhalt

Der Sachverhalt lässt sich – auf das wesentliche reduziert – folgendermaßen zusammenfassen: Ein Sohn ist Eigentümer eines Wohngrundstücks, seiner Mutter steht ein lebenslängliches Wohnrecht zu. Die alternde Mutter erteilte dem Sohn „zwecks Vermeidung einer gerichtlichen Betreuerbestellung" notariell eine umfassende, über ihren Tod hinaus fortgeltende (transmortale) Vorsorgevollmacht. Die Vollmacht sollte sogar trotz einer etwaigen gerichtlichen Bestellung eines Betreuers fortgelten – eine ungewöhnliche und merkwürdige Besonderheit, deren Zulässigkeit das OLG nicht erörtert (dazu kritisch unten VI). Die Mutter erlitt einen Unfall und wurde in einem Altenpflegeheim untergebracht. Auf Anregung der Heimleitung bestellte das Vormundschaftsgericht für sie eine Berufsbetreuerin, insbesondere auch zur Wahrnehmung aller ihrer Vermögensangelegenheiten. Die Tochter hatte nämlich in der Verhandlung vor dem Vormundschaftsgericht ihrem Bruder schwere Vorwürfe gemacht. Ausweislich des Verhandlungsprotokolls verzichtete der Sohn daraufhin sinngemäß, von seiner Generalvollmacht künftig Gebrauch zu machen. Er blieb jedoch weiter im Besitz der notariellen Vollmachtsurkunde.

Über ein halbes Jahr später bestellte der Sohn an seinem Grundstück eine Grundschuld (zu welchem Zweck, wird nicht mitgeteilt). Zugunsten der Grundschuldgläubigerin (vermutlich einer Bank) erklärte der Sohn überdies für seine Mutter unter Vorlage der Generalvollmachtsurkunde den Rangrücktritt ihres Wohnrechts. Ob die Gläubigerin bei der Stellung des Eintragungsantrags davon wusste oder wissen musste, dass zur Wahrnehmung aller Vermögensangelegenheiten der Mutter inzwischen eine Berufsbetreuerin bestellt war und dass der Sohn im Bestellungsverfahren auf die Ausübung seiner Bevollmächtigung verzichtet hatte, wird – obschon entscheidungserheblich (s. oben I) – vom OLG nicht mitgeteilt. Die Grundschuld wurde eingetragen. Den Antrag auf Eintragung des Rangrücktritts für das Wohnrecht der Mutter wies das Grundbuchamt jedoch zurück. Die hiergegen eingelegte Beschwerde blieb in zwei Instanzen erfolglos.

III. Der für die „Vornahme des Rechtsgeschäfts" maßgebliche Zeitpunkt

1. Eine ausgehändigte Vollmachtsurkunde ermächtigt den Vertreter gemäß §§ 172, 173 BGB unter deren Vorlegung zu Rechtsgeschäften im Namen des Vertretenen, solange die Urkunde nicht dem Vertretenen zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird, es sei denn, dass der andere Kontrahent bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts das Erlöschen der Vertretungsmacht kennt oder kennen muss. Eine fachgerechte Subsumption unter diesen Rechtssatz erfordert die Beantwortung zweier Fragen. Die erste, rechtsdogmatische Frage lautet: Was bedeutet „Vornahme des Rechtsgeschäfts" (auch in der Parallelvorschrift des § 169 BGB erwähnt) allgemein und speziell bei Verfügungen, die einer Eintragung ins Grundbuch bedürfen? (dazu sogleich und sub IV). Erst wenn diese vorrangige Frage geklärt ist, ist Beweis zu erheben über die sich anschließende zweite, rechtstatsächliche Frage: Was wusste der Erwerbswillige in dem maßgeblichen Zeitpunkt über ein Erlöschen der Vollmacht, oder was musste er wissen? (dazu unten V). Auf beide Fragen geben die veröffentlichten Gründe des OLG-Beschlusses jedoch keine Antworten.

2. Entgegen der Grundannahme des OLG Hamm ist die Vornahme des Rechtsgeschäfts nach unbestrittener Ansicht nicht gleichzusetzen mit dessen Wirksamkeit. Etwas „vornehmen" (oder „unternehmen") heißt: handeln, tun, schaffen, besorgen, erledigen, anpacken, verrichten, ins Werk setzen. Alle diese Verben beziehen sich auf menschliche Tätigkeiten. (Die rückbezügliche Variante „sich etwas vornehmen" bezieht sich hingegen auf den früheren, innerlichen oder seelischen Prozess der Willensbildung noch vor der Ausführung: einen Plan entwerfen, einen Entschluss oder Vorsatz fassen).

Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verlangt immer die Abgabe entsprechender Willenserklärungen. Eine abgegebene Willenserklärung wird nach § 130 Abs. 2 BGB mit dem Tode des Erklärenden oder mit seiner später eintretenden Geschäftsunfähigkeit nicht hinfällig. Der Adressat kann trotz seiner Kenntnis von einem solchen späteren Umstand die Vertragsofferte (auch wenn sie ihm erst danach zuging) gemäß § 153 BGB noch wirksam annehmen. Dadurch kommt es im Todesfalle zu einem postmortalen Vertragsabschluss unter Lebenden – so paradox dies klingt. Als Folge der Universalsukzession (§ 1922 BGB) rückt nämlich der Erbe des Erklärenden auch in imperfekte Rechtsgeschäfte seines Erblassers ein.[11]

Ist aus dieser Regelung durch die §§ 130 Abs. 2, 153 BGB zu folgern, dass auch der Glaube an die Vertretungsmacht des Offerenten nur bis zur Abgabe von dessen Vertragsantrag nötig ist?[12] Mitnichten! Beim nachträglichen Eintritt eines in § 130 Abs. 2 BGB genannten Falles waren die Voraussetzungen für die wirksame Abgabe der Erklärung tatsächlich gegeben. Der Empfänger kann die Offerte annehmen, unabhängig davon, ob ihm die Veränderung in der Person des Offerenten bekannt wurde. Mit dem Schutze seines Vertrauens hat diese Regelung folglich nichts zu tun.

3. In den Fällen der §§ 169, 173 BGB war die Vollmacht hingegen *schon vor* der Abgabe der Offerte durch den Vertreter erloschen oder widerrufen. Das Vertrauen auf den Rechtsschein der Vollmachtsurkunde muss dann länger andauern. Manche lassen unter Berufung auf § 130 Abs. 1 S. 2 BGB den guten Glauben des Kontrahenten bis zum Zugang der Erklärung des Vertreters bei ihm genügen.[13] Aber das ist zu früh. Nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wird eine Willenserklärung nicht wirksam, wenn dem Empfänger vorher oder gleichzeitig ein Wider-

11 *Andreas Wacke,* Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung? in: Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte, romanistische Abt. 123, 2006, 197 ff. (236 f.).

12 So *Bous* (Fn. 10), Rpfleger 2006, 360, 361; dagegen unten bei Fn. 16.

13 So *Schilken,* in: Staudinger (Fn. 9), § 173 BGB Rn. 8 m. w. N.

ruf zugeht. Diese Vorschrift gilt für den Fall, dass der Vertreter bei der Abgabe seiner Erklärung tatsächlich Vertretungsmacht hatte. War die Vertretungsmacht hingegen (wie hier) *schon vorher* entfallen, dann greift die zeitliche Sperre des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ein. War die Vollmacht schon *vor* der vom Vertreter abgegebenen Offerte widerrufen, dann kann der Empfänger noch nach ihrem Zugang bei ihm unredlich werden, solange er seine korrespondierende Annahmeerklärung nicht abgab. Solange der Empfänger den Antrag des Scheinvertreters noch ablehnen kann, besteht kein Grund, seinen Glauben an dessen Vertretungsmacht bereits zu schützen. Erst nach der Abgabe seiner Annahmeerklärung ist er schutzwürdig.

Wird also dem Adressaten eine Bedenkzeit eingeräumt und erfährt er vor deren Ablauf vom Fehlen der Vertretungsmacht des Antragenden, dann kann er dessen Offerte nicht mehr annehmen. Nachdem er aber seine Annahmeerklärung absandte, kann ihm seine nachträgliche Kenntnis andererseits nicht mehr schaden. Trotz seines weggefallenen guten Glaubens bleibt für seine reisende Annahmeerklärung der Scheinvertreter noch empfangszuständig. So weit reicht also noch die Schutzfunktion des Rechtsscheinstatbestandes der §§ 169, 173 BGB. Dass der ehemals Bevollmächtigte die ihm zugegangene Annahmeerklärung an den Vertretenen weiterleitet, ist nicht erforderlich.[14] Denn auf das Wirksamwerden der Annahmeerklärung mit ihrem Zugang kommt es für die „Vornahme des Rechtsgeschäfts“ nicht mehr an.[15] Das Vertrauen auf den Rechtsschein der Vertretungsmacht muss demnach geschützt werden, sobald der Verhandlungspartner im Hinblick auf die ihm vorgelegte Vollmachtsurkunde *disponiert,* also wenn er seine Annahmeerklärung *abgegeben* hat. Ihm etwa nachträglich zugetragene Bedenken an der Vertretungsmacht beruhten auf Zufall und dürfen ihm ebensowenig schaden wie ein ihm verspätet zugegangener Vollmachtswiderruf (vgl. §§ 170, 171 Abs. 2 BGB).

4. Setzt sich also ein Rechtsgeschäft (wie beim Vertragsabschluss) aus zwei Willenserklärungen zusammen, so müssen zu seiner „Vornahme“ im Sinne von § 173 BGB *beide* Erklärungen *abgegeben* sein. Die Abgabe der Offerte bloß durch den Vertreter genügt nicht,[16] denn vor deren Annahme hat der Kontrahent noch kein Vertrauen investiert. Dasselbe gilt im umgekehrten Falle: Wer einen Vertragsantrag an den Scheinvertreter im Vertrauen auf dessen Vertretungsmacht absendet, darf nicht auf deren Fortbestand vertrauen, denn seine Erwartung, der Empfänger werde annehmen, verdient keinen Schutz.

IV. Die Vornahme von sachenrechtlichen Verfügungsgeschäften

1. Der vorstehend herausgearbeitete maßgebliche Zeitpunkt gilt für das Zustandekommen von Schuldverträgen ebenso wie von sachenrechtlichen Einigungserklärungen. Im jeweiligen Einzelfall ist das Zustandekommen von Verpflichtung und Verfügung jedoch getrennt zu untersuchen. Bei zeitlichem Abstand zwischen beiden kann es vorkommen, dass der Kaufvertrag mit dem Scheinbevollmächtigten gültig zustande kommt, die Übereignung aber am späteren Wegfall der Redlichkeit des Kontrahenten scheitert. In solchem Falle muss der Vertretene den Kaufvertrag erfüllen; widrigenfalls hat er das Erfüllungsinteresse zu entrichten.

2. Bei sachenrechtlichen Verfügungen soll nach manchen Autoren der gute Glaube des Kontrahenten an die Vollmacht des Vertreters im Zeitpunkt der *Einigungserklärung* genügen. Ein Zusammenhang mit dem in §§ 878, 892 Abs. 2 BGB genannten späteren Zeitpunkt (Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt) wird zuweilen ausdrücklich verneint.[17] Zur Begründung wird angeführt, Stellvertretung gebe es nur bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen, nicht jedoch beim realen Vollzugselement wie Übergabe oder Eintragung ins Grundbuch. Nur die Einigung enthalte das Willenselement, für das eine Vertretung überhaupt in Betracht komme.[18]

Von der Abgabe oder Entgegennahme von Willenserklärungen durch Vertreter spricht das Gesetz aber nur in der Grundnorm des § 164 Abs. 1 und 3 BGB. Die hier einschlägigen Vorschriften der §§ 169, 173 BGB reden hingegen von der „Vornahme eines Rechtsgeschäfts“, und dessen Vornahme erschöpft sich nicht immer im Austausch von Willenserklärungen, vor allem nicht im Sachenrecht. Wo die Vornahme eines Rechtsgeschäfts also mehr erfordert als die Abgabe von Willenserklärungen, darf man diesen weiteren Begriff nicht auf den engeren reduzieren. An der unterschiedlichen Ausdrucksweise zeigt sich vielmehr wieder einmal die Güte und Präzision unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Überdies erfordert auch die Übergabe noch eine Vertretung im Willen, um dem Vertretenen zurechenbar zu sein. Bei aus mehreren Akten zusammengesetzten Tatbeständen wird der Erwerbswillige folglich nur geschützt, wenn seine Redlichkeit bis zur Vornahme des letzten Teilakts fortbesteht.[19] Beim Versendungskauf muss der scheinbar Bevollmächtigte also zumindest die Ware abgesandt haben.

3. Bei Verfügungen über ein Recht an einem Grundstück kann ein Vertreter nach dem Wegfall seiner Vertretungsmacht eine (unter den Voraussetzungen des § 873

14 Anderer Ansicht *Thomas Ackermann,* in: Nomos-Kommentar zum BGB, Band 1, 2. Aufl. 2012, § 173 Rn. 7.

15 Ein Zugang der Annahmeerklärung ist gemäß § 151 BGB entbehrlich, wenn dies nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf den Zugang verzichtet hatte. Auch ein etwaiger Verzicht des scheinbar Bevollmächtigten wäre von der Rechtsscheinwirkung der vorgelegen Vollmachtsurkunde gedeckt.

16 Dies gegen *Bous* (Fn. 10).

17 So etwa (aber nicht widerspruchsfrei) *Schramm,* in: MüKo-BGB (6. Aufl. 2012), § 173 Rn. 4. Den Eingang des Eintragungsantrags als richtigen Augenblick zieht *Bous* bei seiner Aufzählung von vier denkbaren Zeitpunkten S. 358 (links) kurioserweise nicht einmal in Erwägung.

18 So *Georg Maier-Reimer,* in: Erman Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 173 Rn. 4.

19 Zutr. *Stefan Habermeier,* in: Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 2007, § 173 Rn. 7.

Abs. 2 BGB bindende) Einigungserklärung nicht mehr abgeben. Der vom Veräußerer Bevollmächtigte muss noch bei der Stellung des Eintragungsantrags Vertretungsmacht gehabt haben; der Erwerbswillige darf also noch in diesem Zeitpunkt von ihrem Wegfall nichts gewusst haben[20] (oder haben müssen). Die Stellung des Eintragungsantrags als maßgeblicher Zeitpunkt für die „Vornahme des Rechtsgeschäfts" stimmt überein mit dem Rechtsgedanken der §§ 878, 892 Abs. 2 BGB: Ist aufgrund bindender Einigung der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt eingegangen, dann ist eine gegen den Veräußerer erwirkte Verfügungsbeschränkung ebenso unschädlich wie eine nachträgliche Kenntnis des Erwerbers von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs. Anstelle des sich erst mit der Eintragung vollendenden Rechtserwerbs bestimmte der Gesetzgeber absichtlich denjenigen früheren Zeitpunkt als maßgeblich, zu dem die Beteiligten alle in ihrer Macht stehenden *Voraussetzungen* für die Eintragung erfüllt haben. Auf die Schnelligkeit des Vollzugs der Eintragung hat der Erwerber nämlich keinen Einfluss; deshalb dürfen von ihm nicht veranlasste Verzögerungen des Eintragungsverfahrens ihn nicht benachteiligen. Schon nach gestelltem Antrag auf Eintragung eines Grundpfandrechts muss ein Darlehnsgeber ausweislich der Gesetzesmotive gefahrlos den beantragten Kredit ausbezahlen können;[21] bis zum Zugang der Eintragungsnachricht soll er nicht warten müssen. Die schleunige Auszahlung eines erbetenen Überbrückungskredits ist für einen notleidenden Betrieb oft eine Überlebensfrage.

Mit einer Verfügungsbeschränkung des Veräußerers muss der Erwerber gemäß § 878 BGB nur rechnen, solange er auch mit einem Widerruf der Einigungserklärung des Veräußerers rechnen muss. Was für den Widerruf der Einigungserklärung gilt, gilt auch für den Widerruf der dazu erteilten Vertretungsmacht.[22] Im Normzweck der §§ 878, 892 Abs. 2 BGB kommt demnach ein universeller Rechtsgedanke zum Ausdruck. § 878 BGB enthält keineswegs eine nicht analogiefähige Ausnahmevorschrift, woran ein Teil der Lehre immer noch festhalten will.[23] Für die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung erkannte dies der Gesetzgeber mit der Anfang 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung in § 140 Abs. 2 S. 1 (entsprechend § 8 Abs. 2 S. 1 AnfG n. F.) inzwischen an.[24] Für die Berechnung der Anfechtungsfristen gelten eintragungsbedürftige Rechtsgeschäfte danach nicht erst im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens (§ 140 *Abs. 1* InsO, das wäre die Eintragung), sondern schon dann als „vorgenommen", wenn mit bindend gewordener Einigung und Stellung des Eintragungsantrags die „*Voraussetzungen* für das Wirksamwerden erfüllt sind" (§ 140 *Abs. 2 S. 1* InsO).

„Vornahme des Rechtsgeschäfts" bedeutet folglich: Vornahme der letzten für das Wirksamwerden erforderlichen Parteihandlung. Wenn „Vornahme" und „Wirksamwerden" eines Rechtsgeschäfts demnach voneinander zu unterscheiden sind und es auch für das Vertrauen auf die Vertretungsmacht in §§ 169, 173 BGB nicht auf das Wirksamwerden ankommt, so entspricht das dem Bestreben, eintragungsbedürftige und nicht eintragungsbedürftige Rechtsgeschäfte möglichst gleich zu behandeln (Entscheidungsharmonie) und die Zeitspanne nicht ungebührlich lange auszudehnen, binnen derer der Kontrahent des Vertreters bei eintragungsbedürftigen Verfügungen noch unredlich werden kann. Diese interessengerechte Auslegung deckt sich genau mit dem Wortsinn (vgl. o. III 2).

4. Die Vorschriften des § 892 Abs. 2 und der §§ 169, 173 BGB enthalten demnach einander entsprechende Parallelregelungen. Verglichen mit der Übereinstimmung in der wichtigen Frage des maßgeblichen Zeitpunkts sind die drei Unterschiede zwischen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und der Rechtsscheinswirkung einer Vollmachtsurkunde von sekundärer Bedeutung:

a) Die unwiderlegliche Vermutung des § 892 BGB für die Richtigkeit des Grundbuchs beruht allein auf dem Rechtsscheinsprinzip; anders als bei beweglichen Sachen gemäß §§ 932, 935 BGB muss die unrichtige Buchlage nicht vom wahren Berechtigten veranlasst worden sein.[25] Die in § 172 BGB genannte „Aushändigung" der Vollmachtsurkunde verlangt demgegenüber (ähnlich einem Begebungsvertrag im Wertpapierrecht) ein einvernehmliches Geben und Nehmen. Daran fehlt es bei eigenmächtiger Entwendung der Vollmachtsurkunde, selbst wenn der Geschäftsherr sie hätte verhindern können.[26]

b) Der objektive Rechtsschein des Grundbuchs wirkt zugunsten des Erwerbers auch dann, wenn er im Einzelfall keinen Einblick ins Grundbuch genommen haben sollte.[27] Der Rechtsschein der Vollmachtsurkunde wirkt hingegen gemäß § 172 BGB nur dann, wenn „der Vertreter sie dem Dritten vorlegt". In beiden Fällen wird unterstellt, dass der Dritte vom Inhalt Kenntnis nahm.

c) Wegen der hohen Zuverlässigkeit der amtlichen Registerführung schadet einem Erwerbswilligen gemäß § 892 BGB nur positive Kenntnis von einer Unrichtigkeit

20 Ebenso im Ergebnis (obgleich nicht widerspruchsfrei und unpräzise in der Begründung) *Schramm,* in: MüKo-BGB (Fn. 9), § 173 BGB Rn. 7, vgl. Rn. 4.

21 Motive, bei *Benno Mugdan,* Die gesammten Materialien zum BGB, III, S. 105 ff und 544 ff.; vgl. *Jürgen Kohler,* in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 5. Aufl. 2009, § 878 BGB Rn. 1, § 892 BGB Rn. 53.

22 Auch für den Wegfall der Stellung einer Partei kraft Amtes: streitig, so aber mit Recht die vordringende Ansicht; s. die Nachweise bei *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 878 BGB Rn. 11.

23 Zur Analogiefähigkeit siehe dagegen *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 878 BGB Rn. 3, 22 ff. Zur entsprechenden Anwendung insbesondere auf Zwangsvollstreckungsakte dort Rn. 27.

24 Wie vom Verfasser seit jeher gefordert, s. schon *Andreas Wacke,* Die Nachteile des Grundbuchzwangs in der Liegenschaftsvollstreckung und bei der Gläubigeranfechtung, ZZP 82 (1969) 377-412, sowie seit der 1. Aufl. (1981) im Münchener Kommentar. Die Neuregelung der §§ 140 Abs. 2 S. 1 InsO, 8 Abs. 2 AnfG n. F. ist freilich halbherzig und technisch misslungen. Vor einer Anfechtung geschützt wird der Erwerber nur, wenn er selber den Eintragungsantrag stellte. Der Fall des nur vom verfügenden Schuldner gestellten Eintragungsantrags blieb ungeregelt und ist umstritten, s. *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 878 Rn. 33 ff.

25 *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 892 BGB Rn. 2.

26 BGHZ 65, 13 ff.; h. M.

27 *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 892 BGB Rn. 45.

des Grundbuchs.[28] Dem Erwerber einer beweglichen Sache vom Nichtberechtigten schadet gemäß § 932 Abs. 2 BGB auch grob fahrlässige Unkenntnis. Dem auf eine Vollmachtsurkunde Vertrauenden schadet (noch einen Schritt weitergehend) gemäß §§ 173, 122 Abs. 2 BGB schon leicht fahrlässige Unkenntnis. Welcher Grad von Fahrlässigkeit im Einzelfall zu bejahen ist, ist Tatfrage.

V. Kenntnis oder Kennenmüssen des Erwerbers und die Pflicht zur Richtighaltung des Grundbuchs

1. Zur entscheidungserheblichen Frage, was die Darlehnsgeberin im maßgeblichen Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung einer vorrangigen Grundschuld (22.07.2003)[29] über ein etwaiges Erlöschen der Vollmacht wusste oder wissen musste, äußerte sich das OLG Hamm mit keinem Wort. Nach dem Sinn und Zweck des § 173 BGB ist (insoweit übereinstimmend mit § 892 Abs. 2 BGB und § 140 Abs. 2 S. 1 InsO, § 8 Abs. 2 S. 1 AnfG n. F.) dafür allein auf den Horizont des Erwerbswilligen abzustellen. Was der Bevollmächtigte im viele Monate zurückliegenden Verfahren über die Betreuerbestellung vor dem Vormundschaftsgericht erklärt hatte (er verzichte darauf, von seiner Vollmacht weiterhin Gebrauch zu machen) ist dafür – entgegen dem OLG – ebenso irrelevant (weil der nachmalige Darlehensgeber davon nicht wissen konnte) wie spätere Tatsachen, die erst im Eintragungs- oder im Beschwerdeverfahren zutage traten (insbesondere der während des Eintragungsverfahrens dem Grundbuchamt gegenüber erklärte Vollmachtswiderruf). Der die Grundschuldbestellung samt Eintragungsbewilligung beurkundende Notar war auf Antrag der beweispflichtigen Betreuerin als Zeuge darüber zu vernehmen, ob dem Repräsentanten der Darlehnsgeberin in der notariellen Verhandlung vom 17.07.2003 am Fortbestand der Vertretungsmacht hätten Zweifel kommen müssen.

Zum Beweis stand die Frage, ob der Darlehensgeberin bekannt war oder in der Verhandlung über die Grundschuldbestellung bekannt wurde, dass inzwischen eine amtliche Betreuerin bestellt worden war, und ob man hieraus nicht auf ein Erlöschen der Generalvollmacht schließen musste. In diesem Zusammenhang war die weitere Frage zu erörtern, ob die Darlehnsgeberin der Klausel in der Vollmachtsurkunde Glauben schenken durfte, dass die Generalvollmacht trotz der gerichtlichen Bestellung eines amtlichen Betreuers fortgelten solle (dazu unten VI.). Eine Nachfragepflicht wird dem Kontrahenten eines Scheinbevollmächtigten im allgemeinen nicht auferlegt. Bei längere Zeit zurückliegendem Erteilungsdatum kann eine Erkundungspflicht in Betracht kommen: ob bereits (wie im Streitfalle) nach zweieinhalb Jahren, war ebenfalls zu erörtern.

2. Ein erst nach gestelltem Eintragungsantrag erklärter Vollmachtswiderruf ist verspätet; das Grundbuchamt darf ihn nicht mehr berücksichtigen. Wird der Vertragsgegner erst im laufenden Eintragungsverfahren von einem früheren Erlöschen der Vertretungsmacht unterrichtet, ist dies gleichfalls zu spät. Erheblich wäre nur die Behauptung, der Vertragsgegner habe vom Erlöschen der Vollmacht bereits bei der *Vornahme* des Rechtsgeschäfts gewusst oder wissen müssen (§§ 169, 173 BGB).

Im Gegensatz hierzu meint das OLG Hamm (Absatz 13 seiner Gründe), das Grundbuchamt habe den Fortbestand der Vertretungsmacht „noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Eintragungsbewilligung“ (das soll heißen: der Eintragungsverfügung) zu überprüfen gehabt. Der Rechtsscheinstatbestand der ausgehändigten Vollmachtsurkunde (§ 172 Abs. 1 und 2 BGB) spiele für die Überzeugungsbildung des Grundbuchamts (nur) „eine wichtige Rolle“. Die Ausnahmevorschrift des § 173 BGB zitiert das OLG unvollständig, indem es die entscheidungserhebliche Voraussetzung der Kenntnis (oder des Kennenmüssens) „bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts“ unterschlägt. Ohne dieses Tatbestandselement in der Entscheidungsbegründung geprüft zu haben, bejaht das OLG die Voraussetzungen des Rechtsscheinstatbestandes des § 172 BGB. Im Widerspruch hierzu erklärt das OLG dennoch (in Absatz 14) das Grundbuchamt hieran nicht für gebunden. Stütze sich die Überzeugung ausschließlich auf den Rechtsscheinstatbestand des § 172 BGB, dann dürfe das Grundbuchamt beim Vorliegen von Indizien für ein Erlöschen der Vertretungsmacht weitere formgerechte Unterlagen zum Nachweis für deren Fortbestand (bis zu welchem Zeitpunkt, bleibt offen) verlangen.

Zur Begründung verweist das OLG zum Vergleich auf das vom Grundbuchamt einzuhaltende Verfahren, wenn aufgrund unrichtiger Buchlage eine Eintragung zugunsten eines Redlichen beantragt wird. Hierzu sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Grundbuchamt nicht dabei mitwirken dürfe, einen Rechtserwerb herbeizuführen, welcher nur kraft guten Glaubens stattfindet. Ein gemäß § 892 Abs. 1 BGB eintretender Erwerb sei „zwar in jeder Hinsicht rechtmäßig“. Da diese Wirkung jedoch erst mit der Eintragung eintrete, dürfe das Grundbuchamt nach zwischenzeitlicher Kenntnis von der unrichtigen Buchlage die Eintragung nicht mehr bewusst zum Nachteil des wahren Berechtigten vollziehen. Die Kernsätze aus dieser Begründung lauten:

„Eine wesentliche Aufgabe des Grundbuchamts ist es gerade, einen solchen Rechtsverlust durch Verfügung eines Nichtberechtigten zu verhindern. Es ist im Hinblick auf die Aufgabenstellung des Grundbuchamts nicht zu-

28 Zu Einzelheiten *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 892 BGB Rn. 44 ff.

29 An diesem Datum reichte der Notar die beiden Eintragungsanträge ein. Auf die Beanstandung des Grundbuchamts beschränkte der Notar dann den Antrag zunächst auf die Eintragung der Grundschuld an nächstbereiter Stelle. Nach dem Vollzuge dieser Eintragung beantragte der Notar erneut unter dem 30.10.2003 die Eintragung eines Vorrangvermerks für die Grundschuld. Sieht man in der Antragsbeschränkung des Notars eine Teilrücknahme hinsichtlich des Vorrangvermerks, wäre der 30.10.2003 das maßgebliche Datum. Die Reaktion des Notars auf die Beanstandung des Grundbuchamts lässt sich aber auch so deuten, dass er sogleich unter beiden Anträgen eine Reihenfolge bildete und schon jetzt nach vollzogener Grundschuldeintragung die Eintragung des Vorrangvermerks für sie beantragte. Das ist Tatfrage. An der rechtlichen Würdigung ändert die geringe Datumsverschiebung nichts.

lässig, dass dieses sehenden Auges einen Rechtsverlust des wahren Berechtigten durch seine Eintragungstätigkeit herbeiführt. Einscheidend ist, dass der gutgläubige Erwerber vor seiner Eintragung im Grundbuch noch keine endgültig gesicherte Rechtsposition hat. Dieselbe Bewertung ist geboten, wenn bei einem von einem Bevollmächtigten geschlossenen Rechtsgeschäft ein Rechtserwerb des Geschäftsgegners sich nur aufgrund des Rechtsscheinstatbestandes des § 172 Abs. 1 und 2 BGB vollziehen kann. Auch in diesem Fall wäre es mit der Aufgabenstellung des Grundbuchamts unvereinbar, durch seine Eintragungstätigkeit den Rechtserwerb eines Dritten zu ermöglichen, von dem es weiß, dass ihm eine hinreichende Legitimation durch den eingetragenen Berechtigten nicht oder nicht mehr zugrunde liegt."

3. Das OLG war höflich genug, nicht zu verschweigen, dass es zu dieser höchst angreifbaren Position auch ernstzunehmende Gegenstimmen gibt.[30] Dem Gericht hätte es jedoch wohlangestanden, sich nicht mit dem pauschalen Hinweis „a. A. MK/BGB-*Wacke,* 4. Aufl., § 892 Rdnr. 70" zu begnügen. Die Argumente der Gegenansicht hätten fairerweise nicht unerwähnt bleiben dürfen. Die richterliche Tugend des *Audiatur et altera pars* gilt auch in wissenschaftlichen Streitfragen, zumal wenn daraus bedeutsame praktische Divergenzen resultieren wie hier. Gerade dann muss man die Stimmen wägen, aber nicht zählen.

Die Argumentation des OLG Hamm ist völlig einseitig und deshalb nicht überzeugend. Die Pflicht zur Richtighaltung des Grundbuchs wird dafür ins Feld geführt, um die Schutzregelungen sowohl des § 892 als auch der §§ 172, 173 BGB zu durchbrechen. An der Aufstellung einer Werte-Hierarchie, an einer klaren Abwägung der einander entgegengesetzten Schutzzwecke, lässt es das OLG vermissen. Verglichen mit dem im Verkehrsinteresse gebotenen Schutze redlicher Erwerber hält das Gericht den Schutz der Behaltensinteressen des wahren Berechtigten verbal für „nicht minder berechtigt" (Absatz 15 Mitte). Im Ergebnis räumt es jedoch den letztgenannten den Vorrang ein, ohne *lege artis* zu begründen, woraus dies herzuleiten sei.

Dass redliche Antragsteller keinen Anspruch darauf hätten, dass sich ihr Rechtserwerb durch Eintragung vollendet, ist unzutreffend. Redlichen Erwerb zum Schaden des Vertrauensschutzes auf die Zuverlässigkeit des Rechtsscheins zu *verhindern,* ist keineswegs die Aufgabe des Grundbuchamts. Die Amtspflicht, das Grundbuch richtig zu halten, bedarf keiner näheren Darlegung. Die Richtighaltung ist aber kein alles überragender Selbstzweck. Sie wird begrenzt durch die vom Gesetzgeber in § 892 BGB für vordringlich erklärte Aufgabe, im Hinblick auf die verbriefte Buchlage investiertes Vertrauen nicht zu enttäuschen. Dieser gesetzlichen Wertung darf der Interpret nicht in den Rücken fallen. Die Beseitigung von Unrichtigkeiten, welche nicht aus früheren, vom Grundbuchamt selbst zu vertretenden Eintragungsfehlern herrühren, ist allein die Aufgabe des nicht oder unrichtig eingetragenen wahren Berechtigten (§§ 894, 899 BGB).[31] Für seine darauf gerichteten Anträge ist die in den §§ 17, 45 GBO vorgeschriebene Eintragungsreihenfolge nach dem Datum ihres Eingangs beim Grundbuchamt einzuhalten. Das Grundbuchamt darf sich nicht unter Missachtung dieser gesetzlichen Vorgaben einseitig und aus eigenem Antrieb als Hüter der Interessen nur des wahren Berechtigten gerieren. Ist weder bewiesen noch glaubhaft gemacht, dass der Antragsteller im Zeitpunkt des eingegangenen Eintragungsantrags eine Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte (§ 892 Abs. 2 BGB), dann erfüllt das Grundbuchamt seine Amtspflicht nur mit dessen Eintragung. So wenig das Wort vom Subsumptionsautomaten das richterliche *officium* im Erkenntnisverfahren kennzeichnet, so zutreffend ist es andererseits für die Pflichterfüllung des Grundbuchbeamten – wegen der strengen Gesetzmäßigkeit des von ihm zu beobachtenden Verfahrens. Dem Legalitätsprinzip zufolge hat der erwerbende Teil einen subjektiv-öffentlichrechtlichen Anspruch gegen das Grundbuchamt auf den Vollzug seiner Eintragung.

Soll der Anspruch gegen einen im Grundbuch eingetragenen Nichtberechtigten durch *Vormerkung* gesichert werden, so muss der Gläubiger nach Rechtsprechung und herrschender Lehre gemäß § 892 Abs. 2 BGB nur im Zeitpunkt des Antrags auf Vormerkungseintragung auf die Buchlage vertraut haben.[32] Auch in diesem Falle muss folglich das Grundbuchamt bei der Eintragung der Vormerkung oder der des gesicherten Grundstücksrechts eine nachträglich entdeckte Unrichtigkeit des Grundbuchs oder eine spätere Kenntnis des Erwerbswilligen ignorieren. Eine zwischenzeitliche Grundbuchberichtigung wäre ihm gegenüber analog § 883 Abs. 2 BGB unwirksam.[33]

Beim Verkauf einer fremden Sache auf Abzahlung unter Eigentumsvorbehalt an einen erst nach der Übergabe „unredlich" gewordenen Käufer kann es der Eigentümer gleichfalls nicht verhindern, dass das gutgläubig erworbene Anwartschaftsrecht mit Zahlung der letzten Rate zum Vollrecht erstarkt. Wegen seines Rechtsverlustes bleibt ihm (außer etwaigen Deliktsansprüchen) nur die Eingriffskondiktion gegen den nichtberechtigt Verfügenden (§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB).

4. Ob ein Erwerb regulär vonstatten ging oder aber kraft redlichen Vertrauens auf einen Rechtsschein, wird oft erst im nachhinein erkennbar. Das Gesetz will nicht, dass zwischen beiden Erwerbsmöglichkeiten differenziert werde (zu ihrer Äquipollenz schon einleitend oben

30 Aus neuerer Zeit namentlich *Karl-Heinz Gursky,* in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band §§ 883–902, 2008, § 892 Rn. 203 und 236 (gegen die 11. Aufl.) und viele andere, angeführt bei *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 20), § 892 BGB Rn. 67 f., in den Vorauflagen von *Wacke* seit der 1. Auflage (1981) vertreten; ebenso *Bous* (Fn. 9), Rpfleger 2006, 363 m. w. N. Eine Rückkehr zur überholten traditionellen Lehre leider bei *Munzig,* in: KEHE (wie Fn. 8). *Johannes Holzer,* Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, geht auf die Streitfrage soweit ersichtlich nicht ein.

31 So schon *Ferdinand Kretzschmar,* Kann die sich aus den Grundakten ergebende Unrichtigkeit des Grundbuchs ein Eintragungshindernis bilden?, Gruchots Beitr. 49 (1905), 1 ff., 4.

32 Nachweise bei *Kohler,* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 893 BGB Rn. 13.

33 *Kohler* in: MüKo-BGB (Fn. 21), § 883 BGB Rn. 79.

I). Aus der maßgeblichen Perspektive des Erwerbers sind nämlich Wirklichkeit und Schein identisch. Wäre es anders, wäre er nicht redlich. Ein Wechsel aus der Perspektive des Erwerbswilligen im maßgeblichen Zeitpunkt in die nachträgliche eines objektiven Betrachters würde den Redlichkeitsschutz vernichten; der Perspektivenwechsel ist deshalb verboten. Wegen des aus dem Legalitätsprinzip fließenden Verwertungsverbots für nachträglich zutage tretende Erkenntnisse *muss* das Grundbuchamt als Vollzugsorgan gegebenenfalls – entgegen der Auffassung des OLG Hamm – „sehenden Auges" den im Augenblick der Antragstellung redlich gewesenen Erwerbswilligen eintragen.

Zugunsten des Erwerbers spricht nach der Gesetzesfassung sowohl bei § 892 als auch bei § 173 BGB die Vermutung; Kenntnis (oder Kennenmüssen bei § 173 BGB) bilden die Ausnahme. Von seiner Unkenntnis ist demnach im Eintragungsverfahren auszugehen. Die Darlegungs- und Beweislast für sein Wissen (oder Wissenmüssen) trägt der verlierende Teil. Besteht kein konkreter Anhalt für die Annahme, dass der Erwerbswillige unredlich gewesen sein könnte, dann hat das Grundbuchamt diesbezüglich nichts von Amts wegen zu ermitteln. Im Zweifelsfalle ist eine beantragte Eintragung nicht etwa zurückzuweisen; das Recht ist im Gegenteil einzutragen. Dem beweisbelasteten Vertretenen bleibt es überlassen, gegen das eingetragene Recht einen Widerspruch zu erwirken (§ 899 BGB). Nach Erhebung einer Klage auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB) obliegt es ihm, die Unredlichkeit des Eingetragenen im maßgeblichen Zeitpunkt nachzuweisen. Wird die beantragte Eintragung vom Grundbuchamt zurückgewiesen, so sind Anhaltspunkte für eine erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens (§§ 71 ff. GBO) erlangte Kenntnis des Erwerbswilligen umso weniger zu berücksichtigen.

5. Zusammengefasst sei nochmals betont: Eine erst nach gestelltem Eintragungsantrag eintretende Unredlichkeit des Erwerbswilligen ist ebenso unerheblich wie ein erst während des Eintragungsverfahrens erklärter Widerruf der Vollmacht (§ 130 Abs. 1 S. 2, vgl. § 172 Abs. 2 BGB). Diese beiden Tatsachen wirken nicht zurück. Anders wäre es, wenn behauptet wird, der Vertretende sei schon bei der Erteilung der Vollmacht *geschäftsunfähig* gewesen. Beim Nachweis anfänglicher Geschäftsunfähigkeit war die Vollmacht nie wirksam erteilt worden. Ein Vertrauen auf die nicht zurückgegebene Vollmachtsurkunde kommt dann nicht in Betracht; die §§ 172, 173 BGB sind dann nicht – auch nicht analog – anwendbar. Denn der Schutz eines nicht oder nicht voll Geschäftsfähigen genießt vor dem Verkehrsschutz generell den Vorrang.

VI. Das Außerkrafttreten einer Vorsorgevollmacht mit gerichtlicher Bestellung eines Betreuers

1. Zurückgestellt haben wir bislang die Frage, ob ein Fortbestand der rechtsgeschäftlichen Generalvollmacht trotz der späteren gerichtlichen Bestellung einer Berufsbetreuerin möglich ist. In der notariellen Vollmachtsurkunde war die Fortdauer für diesen Fall laut Sachverhalt ausdrücklich vorgesehen. Die Zulässigkeit einer solchen Klausel ist jedoch zweifelhaft. Zur Grundsatzfrage, ob eine solche umfassende Generalvollmacht für alle Zeiten (auch über den Tod hinaus) statthaft ist, nahm das OLG nicht Stellung. Darf eine notarielle Vollmacht die Alleinzuständigkeit eines später auch für die Vermögenssorge des Betreuten zu bestellenden Betreuers aushöhlen?

Die Betreuerin wurde hier unter anderem auch zur Wahrnehmung aller Vermögensangelegenheiten der betreuungsbedürftigen Mutter bestellt. Welchen Sinn soll es haben, wenn für denselben Aufgabenkreis nebenher weiterhin ein vom Betreuten einst ernannter Generalbevollmächtigter agieren darf?[34] Dies kann nur zu Komplikationen in Gestalt einander widersprechender Rechtsgeschäfte führen, und das zum Nachteil des Betreuten. Ein Betreuer kann seiner Aufgabe zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten nur nachkommen, wenn es ausgeschlossen ist, dass ihm ein anderer Vertreter mit divergierenden Rechtshandlungen in die Quere kommt. Nach der vom Gesetz im Interesse des Betreuten, der seine Geschäftsfähigkeit nicht verliert, in Kauf genommenen „Doppelzuständigkeit" muss der vertretungsberechtigte Betreuer (§ 1902 BGB) zwar, soweit kein Einwilligungsvorbehalt angeordnet ist (§ 1903 BGB), mit widersprechenden Rechtsgeschäften des Betreuten selbst rechnen. Für eine weitergehende „Dreifachzuständigkeit" besteht jedoch weder ein Bedürfnis noch läge sie im Interesse des Betreuten. Nach rechtskräftiger Betreuerbestellung könnte der (oder die) Betreute für denselben Aufgabenkreis gewiss keine neue Generalvollmacht mehr erteilen.[35] Damit hat aber auch eine bereits erteilte ihre Existenzberechtigung verloren. Für einen Generalbevollmächtigten hat die gerichtliche Betreuerbestellung von Rechts wegen exklusive (verdrängende) Wirkung. Ebenso müsste eine transmortale Vollmacht mit der Bestellung eines Testamentsvollstreckers oder Nachlassverwalters außer Kraft treten.

2. Die Vorsorgevollmacht war laut Sachverhalt „zwecks Vermeidung einer gerichtlichen Betreuerbestellung" erteilt worden. Wegen der damit in Bezug genommenen Subsidiarität einer gerichtlichen Betreuerbestellung (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB, § 68 Abs. 1 S. 3 Halbs. 2 FGG, jetzt § 278 Abs. 2 S. 2 FamFG) sollte die Vollmacht demnach sinngemäß nur einstweilen bis zur Erforderlichkeit einer gerichtlichen Betreuerbestellung in Kraft bleiben. Wie lange der Bevollmächtigte die Angelegenheiten des Vollmachtgebers „ebenso gut wie ein Betreuer" wird besorgen können (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB a. E.), ist nicht voraussehbar. Denn kein Mensch verfügt über hellseheri-

34 Der Aufgabenkreis war hier nicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen des Betreuten gegen seinen Bevollmächtigten beschränkt (wie in § 1896 Abs. 3 BGB vorgesehen, sog. Vollmachtsüberwachungsbetreuung, m. E. besser „Bevollmächtigtenüberwachungsbetreuung" zu nennen; zuweilen unscharf als „Kontrollbetreuung" bezeichnet).

35 Vor Rechtskraft könnte er dies noch im laufenden Verfahren: *Werner Bienwald,* in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band §§ 1896–1921, 1999, § 1896 Rn. 115 ff.

sche Fähigkeiten, auch nicht der eine Vorsorgevollmacht beurkundende Notar, geschweige denn der sie erteilende Vertretene. Der Notar kann einer späteren Beurteilung der Eignung des Vertreters durch das Betreuungsgericht nicht vorgreifen. Im 22 Monate späteren, mit rechtsstaatlichen Garantien ausgestatteten betreuungsgerichtlichen Verfahren traten neue Gesichtspunkte zutage, aufgrund derer der generalbevollmächtigte Sohn nicht mehr als gleich gut geeignet qualifiziert werden konnte.[36] Eine Entbindung des Vorsorgebevollmächtigten von seinen Aufgaben durch die gerichtliche Betreuerbestellung kann die entgegengesetzte Klausel in der Vollmachtsurkunde nicht verhindern. Wegen Perplexität und rechtlicher Unmöglichkeit ist die Klausel über die Fortgeltung der Generalvollmacht trotz einer gerichtlichen Betreuerbestellung als *nichtig* zu betrachten. Nach zutreffender Ansicht des OLG Hamm war die Vollmacht jedenfalls erloschen, als der bevollmächtigte Sohn im Verfahren der Betreuerbestellung darauf verzichtete, von ihr noch weiteren Gebrauch zu machen.[37]

Der Rechtsschein der ausgehändigten Vollmachtsurkunde war damit aber nicht beseitigt. Zwecks Klarstellung hätte der Notar pflichtgemäß das Umgekehrte beurkunden sollen: „Mit der gerichtlichen Bestellung eines Betreuers tritt diese Vollmacht außer Kraft". Anstatt mögliche Geschäftspartner des Vertreters in falscher Sicherheit zu wiegen, werden sie mit dieser entgegengesetzten Klausel auf die Eventualität hingewiesen, dass die Vollmacht inzwischen erloschen sein könnte, und dazu veranlasst nachzufragen.

VII. Das Verbot des Selbstkontrahierens

1. Gänzlich unerwähnt ließ das OLG Hamm das hier in Betracht kommende Verbot des Selbstkontrahierens. Im Namen des Vertretenen kann ein Vertreter gemäß § 181 BGB wegen typischerweise vorliegender Interessenkollision grundsätzlich kein Rechtsgeschäft mit sich selbst vornehmen. Hätte der Sohn für sich (zunächst) eine Eigentümergrundschuld bestellt, unterfiele ein zu deren Gunsten erklärter Rangrücktritt des Wohnrechts seiner Mutter direkt dem Verbot des Selbstkontrahierens. Denn die Einigung über den Vortritt seiner Grundschuld (§ 880 Abs. 2 S. 1 BGB) erklärte der Sohn im eigenen Namen und zugleich im Namen seiner vom Rücktritt betroffenen Mutter. Beim Rangrücktritt zugunsten einer für eigene Zwecke des Vertreters bestellten Fremdgrundschuld ist die Vorschrift des § 181 BGB analog anzuwenden. Erklärt nämlich ein Vertreter für eine eigene Verbindlichkeit im Namen des Vertretenen eine Bürgschaftsübernahme, ist § 181 BGB zwar dem Wortlaut nach nicht anwendbar. Denn den Bürgschaftsvertrag schließt der Vertreter im Namen des Vertretenen mit dem Darlehnsgeber ab, nicht mit sich selbst. Wegen gleichliegender Interessenkollision sind aber die Rechtsfolgen des § 181 BGB in Fällen der Interzession des Vertretenen für eigene Schulden des Vertreters analog anzuwenden.[38] Eine solche Interzession ist auch der Rangrücktritt eines bestehenden Rechts an einem Grundstück. Denn ohne den Rücktritt erhält der Eigentümer entweder keinen Kredit, oder er bekommt ihn nur zu einem höheren Zinssatz.

Schon wegen Verstoßes gegen den Rechtsgedanken des § 181 BGB fehlte es für einen Rangrücktritt des Wohnrechts der Mutter demnach an der erforderlichen Vertretungsmacht. Die Beschwerde war deshalb unbegründet. Der Fall war damit zu Ende. Ein Vertrauen der Grundschuldgläubigerin auf die noch im Besitze des Sohnes befindliche Vollmachtsurkunde war irrelevant.

2. Dass keiner der mit dem Fall in mehreren Instanzen befassten Juristen einen Verstoß gegen das Verbot des Selbstkontrahierens erkannte, ist verwunderlich. Zwei mögliche Gründe kämen hier für eine Nichtanwendung des § 181 BGB in Betracht: (a) eine Darlehnsaufnahme zugunsten der Mutter, oder (b) die Befreiung des Sohnes von den Beschränkungen des § 181 BGB durch eine Zusatzklausel in der Vollmachtsurkunde. Beide Abweichungen von der Regel hätten allerdings einer Erörterung in den Entscheidungsgründen bedurft. Angesichts deren Schweigens hierüber ist davon auszugehen, dass solche Ausnahmen nicht vorlagen. Eventualiter werden sie hier trotzdem noch erörtert. Dazu im einzelnen:

a) Zwecks Unterbringung einer pflegebedürftigen Person in einem Heim kann bei unzureichender Altersvorsorge eine Darlehnsaufnahme erforderlich werden. Hätte der Sohn sein Grundstück belastet, um einen von der Heimleitung geforderten „Einstand" zu finanzieren, dann trat er selber als Interzedent zugunsten seiner Mutter auf. (Die Situation wäre der oben unter 1. dargelegten entgegengesetzt). Ein Rangrücktritt ihres Wohnrechts wäre dann vollauf gerechtfertigt, zumal wenn angesichts ihres Gesundheitszustandes eine Rückkehr in ihre bisher bewohnten Räumlichkeiten im Hause des Sohnes unwahrscheinlich geworden war. Da aber über den Zweck der Darlehnsaufnahme im Beschluss nichts verlautet, ist nicht davon auszugehen, dass der Sohn ausschließlich fremdnützig zugunsten seiner Mutter handelte. Da die Kreditaufnahme erst eineinhalb Jahre nach der Heimunterbringung erfolgte, ist ein solcher Zusammenhang eher unwahrscheinlich.

36 Schon die Heimleitung dürfte Bedenken an der Eignung des Sohnes gehabt haben, als sie die Bestellung eines Betreuers bei Gericht anregte.

37 Mit dem rein deklaratorischen Verzicht wurde das Außerkrafttreten der Vollmacht freilich nur einvernehmlich außer Streit gestellt. Der Verzicht ist kein Aufhebungsvertrag, so wenig wie die einseitige, nicht annahmebedürftige Bevollmächtigung einen Vertrag erfordert, § 167 Abs. 1 BGB.

38 Eine Darlehnsaufnahme aus dem Vermögen des Vertretenen scheitert unmittelbar am Verbot des § 181 BGB. Eine Darlehnsaufnahme von einem Dritten unter Verbürgung des Vertretenen ist ein typischer Fall des Umgehungsgeschäfts unter Einschaltung einer *interposita persona*. Der Verwendungszweck ist dem Kreditgeber auch erkennbar. Wenn die h. M. anstelle einer analogen Anwendung des § 181 BGB nur die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht anwenden will, um einen ahnungslosen Kreditgeber zu schonen (*Schilken,* in: Staudinger (Fn. 9), § 181 BGB Rn. 43), so läuft ihr Ergebnis für den vorliegenden Fall auf dasselbe hinaus.

b) Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt gemäß der Verweisung in § 1795 Abs. 2 auf § 181 BGB auch für Vormünder, infolge der Verweisung in § 1908i Abs. 1 S. 1 auf § 1795 BGB auch für Betreuer. Im Vormundschaftsrecht hat das Verbot von Insichgeschäften seinen Ursprung.[39] Einem gesetzlichen Vertreter kann das Familiengericht nicht hiervon abweichend das Selbstkontrahieren gestatten. Das Gericht vertritt nämlich nicht den Vertretenen, sondern es hat dessen gesetzlichen Vertreter zu überwachen.[40] Zwecks Vornahme eines nach § 181 BGB verbotenen Insichgeschäfts muss darum gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger (oder Ergänzungsbetreuer) bestellt werden. Ohne Genehmigung des Familiengerichts können Vormund und Betreuer auch nicht über ein Recht an einem Grundstück verfügen (§§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 1908i Abs. 1 S. 1 BGB). Überdies ist die Beendigung eines Mietverhältnisses für den Betreuten nach § 1907 BGB genehmigungsbedürftig. Auch der Rangrücktritt eines dinglichen Wohnrechts bildet eine nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftige Verfügung über ein Recht an einem Grundstück (Umkehrschluss aus § 1821 Abs. 2 BGB).

Weder ein Vormund noch ein Betreuer hätte folglich im vorliegenden Falle ohne familiengerichtliche Genehmigung die Eintragung eines Rangrücktritts des Wohnrechts der Mutter beantragen können – und schon gar nicht im Wege des Insichgeschäfts wie der generalbevollmächtigte Sohn. Die Aufhebung des bisherigen Lebensmittelpunktes (Wohnraum) betrachtet das Gesetz als einschneidende Maßnahme für den Betreuten (§ 1907 BGB). Der Rangrücktritt eines dinglichen Wohnrechts hinter ein Grundpfandrecht kommt einer bedingten Aufgabe nahe, denn im Falle einer Zwangsversteigerung erlischt es (§ 52 Abs.1 S. 2 ZVG).

Eine Befreiung von den Restriktionen des § 181 BGB durch den Vollmachtgeber schlagen von der Praxis ausgearbeitete Formulare öfters vor.[41] Eine solche Klausel könnte darum auch in dem vom OLG Hamm zu beurteilenden Falle vorgelegen haben. Da aber die Gründe des Beschlusses dazu nichts verlauten lassen, muss offen bleiben, ob das Gericht das Verbot des § 181 BGB übersehen oder wegen einer Befreiungsklausel stillschweigend als nicht eingreifend betrachtete.

Von den dargelegten scharfen Kontrollmechanismen darf ein Generalbevollmächtigter nicht ganz entbunden werden. Eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens sollten Notare entgegen offenbar verbreiteter Übung in Vorsorgevollmachten nicht vorsehen. Einem nahestehenden Verwandten mag der Vollmachtgeber zwar (zunächst) größeres Vertrauen schenken als einem amtlichen Betreuer. Vertrauen mag gut sein – aber Kontrolle ist besser. Da die Beschränkungen der §§ 1821 f., 1907 BGB aus dem Vormundschafts- und Betreuungsrecht für einen privatautonom bestellten Bevollmächtigten nicht gelten, ist jede Generalbevollmächtigung schon ein riskantes Geschäft. Eine weitergehende Befreiung des Bevollmächtigten durch Gestattung von Insichgeschäften ist im Interesse des schutzbedürftigen Vollmachtgebers unerwünscht. Der Bevollmächtigte bedarf ihrer nicht, vor allem nicht zur Verfügung über Bankkonten des Betreuten.[42] Vorsorgevollmachten müssen ausschließlich fremdnützig sein. Wird dem Vertreter das Selbstkontrahieren gestattet, dann sind davon jedenfalls Rechtsgeschäfte auszunehmen, die ihm lediglich einen rechtlichen Vorteil verschaffen (vgl. § 107 BGB). Unter allen Umständen muss verhindert werden, dass sich der Bevollmächtigte aus dem verwalteten Vermögen unentgeltlich bereichert.[43] Nicht behindert würden dadurch aber Rechtsgeschäfte (etwa Abwicklungen zwecks Auseinandersetzung) über Vermögensobjekte, an denen Vollmachtgeber und Bevollmächtigter gemeinschaftlich beteiligt sind.

Aus der Privatautonomie lässt sich jedenfalls nicht die Befugnis herleiten, auf wohlbedachte gesetzliche Schutzmechanismen grenzenlos im Vorhinein zu verzichten. Antizipierte Verzichtsklauseln erklärt das BGB in verschiedenen Fällen für unzulässig (etwa §§ 276 Abs. 2, 619, 1229), in denen der Verzichtende (wie hier) das Ausmaß eventueller Schädigungen gar nicht überblicken kann.

3. Angenommen, eine Vollmachtsurkunde enthalte (vorstehenden Ausführungen zuwider) die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens. Die Vertretungsmacht sei erloschen, die Urkunde aber nicht zurückgegeben. Erstreckt sich der Schutz des Vertrauens auf die Vollmachtsurkunde dann auch auf die darin enthaltene Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts? Bei echten Insichgeschäften tritt das Problem nicht auf, da kein

39 Die meisten Kodifikationen enthalten keinen unserem § 181 BGB entsprechenden Generaltatbestand, sondern nur Spezialvorschriften im Vormundschaftsrecht, siehe *Andreas Wacke,* Selbstkontrahieren im römischen Vertretungsrecht, in: Iuris professio, Festgabe Max Kaser 1986, 289 ff. (294). So war es auch noch im 1. BGB-Entwurf vorgesehen. Erst aufgrund der bahnbrechenden Monographie von *Max Rümelin,* Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach Gemeinem Recht (1888) wurde die Generalnorm des § 181 BGB geschaffen. Am ursprünglichen Regelungsort im Vormundschaftsrecht blieb nur eine lakonische Verweisung übrig: Wenn § 1795 Abs. 2 BGB bestimmt, „Die Vorschrift des § 181 bleibt unberührt", dann ist dies nur noch „eine historische Erinnerungstafel an den Geburtsort des Problems"; so *Claus-Dieter Schott,* Das Insichgeschäft des Stellvertreters im Gemeinen Recht, in: Europäisches Rechtsdenken, Festschrift H. Coing I, 1982, 307 ff. (328).

40 *Schilken,* in: Staudinger (Fn. 9), § 181 BGB Rn. 57, h. M.

41 Etwa *Wilhelm Uhlenbruck,* Selbstbestimmtes Sterben durch Patiententestament, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, 1997, S. 351 und 363, u. a. im Anschluss an das von *A & G. Langenfeld,* ZEV 1996, 339 entworfene „Vorsorgepaket". Weitere Hinw. unten Fn. 44.

42 Einzahlungen auf Konten des Vertretenen sind nach der Verkehrsübung oder als lediglich rechtlich vorteilhaft analog § 107 BGB gestattet: *Schilken,* in: Staudinger (Fn. 9), § 181 BGB Rn. 56. Bei Konto-Abhebungen prüft die Bank nur die erteilte Verfügungsbefugnis, aber nicht den Verwendungszweck. Von mir eingesehene formularmäßige Bankvollmachten enthalten in der Regel keine Befreiung von § 181 BGB. Beträge zwecks Erstattung von Aufwendungen oder von ihm etwa zustehenden Vergütungen darf der Vertreter gemäß § 181 Fall 2 BGB (Erfüllung einer Verbindlichkeit) dem verwalteten Vermögen entnehmen.

43 Wie im Falle von BGH NJW 1999, 2887 ff. (wo § 181 BGB übersehen wurde) = JZ 2000, 568 ff. mit krit. Anm. *Gottfried Schiemann*. Gegen den BGH bes. *Andreas Wacke,* Zur Behauptungs- und Beweislast des Beklagten für den Einwand der Schenkung, ZZP 114 (2001), 77 ff.

Dritter an ihnen beteiligt ist. In Fällen der vorliegenden Art stellt sich die selten erörterte, pikante Frage jedoch, insbesondere wenn ein Recht des Vertretenen an einem Grundstück zur Sicherung einer eigenen Verbindlichkeit des Vertreters belastet werden soll. Der Schutz des Vertretenen geböte in solchen Interzessionsfällen (wie dargelegt: o. Fn. 37) die analoge Anwendung des § 181 BGB; der Schutz des auf die Vollmachtsurkunde Vertrauenden gebietet aber auch die Anwendung der §§ 172, 173 BGB. Beide Schutzzwecke heben sich im Ergebnis auf. § 181 BGB wäre an sich anzuwenden, wegen der entgegenstehenden Angabe in der Urkunde aber nicht anzuwenden. Das gemahnt an die *Echternacher Sprungprozession,* hier in drastischer Variante: einen Schritt vorwärts – aber auch einen wieder zurück, so dass sich insgesamt nichts von der Stelle bewegt.

Trotz der scheinbar widersprüchlichen Argumentation wird man nicht anders als zugunsten des Vertrauensschutzes entscheiden können. Es gibt keinen Grund, eine beurkundete Befreiung von verbotenen Insichgeschäften vom Vertrauensschutz der §§ 172, 173 BGB auszunehmen. Wie aus der Urkunde hervorgehende *Beschränkungen* der Vertretungsmacht vom Kontrahenten zu beachten sind, so darf er auch deren *Erweiterungen* (Gestattung i. S. v. § 181 BGB) Glauben schenken. Im Positiven wie im Negativen sind für ihn die beurkundeten Angaben über den Umfang der Vertretungsmacht maßgebend. Ausweislich des „Inhalts" der Vollmachtsurkunde ist deren Inhaber gemäß §§ 171, 172 BGB „zur Vertretung befugt", so wie gemäß § 892 Abs. 1 BGB zugunsten Dritter der „Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt". Begrenzen lassen sich die Angaben der Vollmachtsurkunde nur von der subjektiven Seite, wenn also der Kontrahent des Vertreters Anlass haben muss zu bezweifeln, ob deren Inhalt dem Willen des Vertretenen entspricht.

Wenn demnach sogar Befreiungen vom Verbot des Selbstkontrahierens vom Rechtsschein einer ausgehändigten Vollmachtsurkunde umfasst werden, so werden die Interessen des Vertretenen dadurch zusätzlichen Gefährdungen ausgesetzt. Von der Aufnahme solcher Klauseln in vorsorgende Generalvollmachten kann man nur abraten.

VIII. Ergebnisse

1. Die „Vornahme des Rechtsgeschäfts" i. S. v. §§ 169, 173 BGB umfasst nicht mehr dessen Wirksamkeit. Andererseits beschränkt sich die Vornahme nicht immer auf den Austausch von Willenserklärungen (wie bei § 164 BGB). Vorgenommen ist ein Rechtsgeschäft (als Gesamttatbestand) vielmehr mit dem letzten Teilakt der erforderlichen Parteihandlungen. Zum Vertragsabschluss müssen *beide* Erklärungen (Antrag und Annahme) *abgegeben* sein. Durfte der Kontrahent des scheinbaren Vertreters bis zur Abgabe seiner Annahmeerklärung auf die ihm vorgelegte Vollmachtsurkunde vertrauen, dann schadet eine spätere Unredlichkeit nicht mehr. Die Übereignung einer beweglichen Sache ist vorgenommen mit Einigung und Übergabe. Bei eintragungsbedürftigen Verfügungen über Grundstücksrechte bezieht sich der Zeitpunkt ihrer Vornahme entsprechend §§ 878, 892 Abs. 2 BGB auf den Zeitpunkt des beim Grundbuchamt eingegangenen Eintragungsantrags. Die abweichende Ansicht des OLG Hamm ist spätestens seit der Festlegung des Begriffs der Vornahme auf den Zeitpunkt der Schaffung der *Voraussetzungen* für das Wirksamwerden bei eintragungsbedürftigen Geschäften durch die Legaldefinition des § 140 Abs. 2 S. 1 InsO und des § 8 Abs. 2 S. 1 AnfG n. F. (oben IV 3) unhaltbar geworden.

2. Gegenüber dem vorrangigen öffentlichen Glauben des Grundbuchs ist die verfahrensmäßige Pflicht zu dessen Richtighaltung nur zweitrangig. Wegen des zum Zeitpunkt des gestellten Eintragungsantrags maßgeblichen Kenntnisstandes des Erwerbswilligen sind nachträglich bekannt werdende Tatsachen, die nichts für seinen schon zu diesem Zeitpunkt vorhanden gewesenen schlechten Glauben beweisen, vom Grundbuchamt zu ignorieren. Der Buchberechtigte ist als wirklich Berechtigter anzusehen, und der durch die vorgelegte Vollmachtsurkunde ausgewiesene Vertreter als wirklich Bevollmächtigter. Wirklichkeit und zu schützendes Vertrauen auf den Rechtsschein sind nämlich äquipollent. Im Zweifelsfalle ist, da die Redlichkeit vermutet wird, der Eintragungsantrag nicht etwa zurückzuweisen, sondern ihm ist stattzugeben. Dem mit dem Beweis des Gegenteils belasteten verlierenden Teil obliegt es, sich gegen die Eintragung durch Widerspruch und Grundbuchberichtigungsklage im Erkenntnisverfahren zu wehren.

3. Für die notarielle Beurkundungspraxis ist festzuhalten:

a) In Vorsorgevollmachten sollte zwecks Vermeidung jeglicher Irreführung ausdrücklich bestimmt werden, dass sie im Falle der rechtskräftigen Bestellung eines gerichtlichen Betreuers außer Kraft treten.

b) Eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) sollten Vorsorgevollmachten im allgemeinen nicht enthalten. Für den Regelfall sind solche Befreiungen nicht erforderlich. Da dem Vertretenen gegen einen Vollmachtsmissbrauch dann kaum noch eine Handhabe verbleibt, sind solche Klauseln sogar besonders gefährlich.[44] Auch ohne solche Befreiungsklausel enthalten Vorsorgevollmachten an sich schon ein erhebliches

44 Wegen der Missbrauchsgefahr empfiehlt deshalb *Wolfgang Peter,* in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 101 Rn. 62, die Einfügung einer solchen Befreiungsklausel mit dem Vollmachtgeber besonders zu erörtern. Ob dieser die Tragweite seiner vorherigen Einwilligung abzuschätzen vermag, ist jedoch zu bezweifeln. Man denke an den vom BGH, NJW 1999, 2887 ff. (falsch) entschiedenen Fall, wo ein bevollmächtigter Sohn durch eigenmächtige Kontoverfügungen insgesamt über 80.000 DM für sich einkassierte, dagegen die Lit. o. Fn. 43. Keine Bedenken an einer Befreiung von § 181 BGB äußert *Klaus Benthin,* in: Wurm/Wagner/Zartmann, Das Prozessformularbuch, 14. Aufl. 1998, Kap. 9c mit Fn. 2 u. 4. Die Bestellung eines Bevollmächtigtenüberwachungsbetreuers (o. Fn. 34) wird oft zu spät kommen, wenn das Insichgeschäft bereits vollzogen wurde. Wer wird auch dazu die Initiative ergreifen? Der Vorzug des in § 181 BGB angeordneten Verbots besteht in seiner präventiven Wirkung.

Missbrauchspotential.[45] Auszunehmen von der Befreiung des § 181 BGB sind jedenfalls Rechtsgeschäfte, durch die der Vertreter lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Denn es muss verhindert werden, dass ein Bevollmächtigter nach der Entnahme hoher Beträge aus dem verwalteten Vermögen sich gegenüber seiner Rechenschafts- und Herausgabepflicht auf Schenkung beruft.

c) Bei trotz widerrufener Vollmacht nicht zurückgegebener Vollmachtsurkunde erstreckt sich der in §§ 172, 173 BGB angeordnete Schutz des Vertrauens auf sie jedoch auch auf die Befreiung von § 181 BGB, wenn eigentlich die analoge Anwendung des Selbstkontrahierungsverbots geboten wäre, nämlich bei einer im Namen des Vertretenen erklärten Interzession für eigene Schulden des Vertreters (oben VII 3).[46]

45 Dies betont *Anja Fenge,* Selbstbestimmung im Alter, 2002, S. 201 f.: Sobald die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht mehr unzweifelhaft gegeben ist, wird die Vollmacht faktisch unwiderruflich.

46 Für sorgfältige Lektüre (z. T. eines älteren Entwurfs) und förderliche Hinweise danke ich Herrn Notar Dr. *Richard Böhr* (Köln) sowie den Professoren Dres. *Heinz Holzhauer* (Münster) und *Hans-Georg Knothe* (Greifswald).