
BGB §§ 164, 168; GBO §§ 35, 39, 40 Grundstücksveräußerung unter Einsatz einer transmortalen Vollmacht; Vorein- tragungsgrundsatz; Grundbuchberich- tigung; Erbnachweis

I. Sachverhalt

Eine Immobilie soll veräußert werden. Als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist ein inzwischen verstorbener Mann. Dieser hatte mit seiner nachverstorbenen Ehefrau einen Erbvertrag errichtet, in dem sich beide gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Eine Schlusserbeneinsetzung oder weitere, für die Erbfolge relevante Verfügungen enthielt der Erbvertrag nicht. Eine (einseitige) Verfügung von Todes wegen der nachverstorbenen Ehefrau gibt es nicht.

Allerdings hatte die Ehefrau eine transmortale, notariell beurkundete Vollmacht an den Neffen erteilt, der nun für die Erben die Immobilie veräußern möchte. Der Erwerber benötigt zu Finanzierungszwecken eine Grundschuld. Die

Beantragung eines Erbscheins soll aus Kosten- und Zeitgründen vermieden werden. Das Grundstück liegt im Bezirk eines Grundbuchamts, das die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf Grundlage einer Bewilligung durch den transmortal Bevollmächtigten nicht beanstandet.

II. Fragen

1. Kann auf dieser Grundlage (ausnahmsweise) die Berichtigung des Grundbuchs auf einen Toten erfolgen, damit – untechnisch gesprochen – der Vertrag „läuft“ und insbesondere die Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden kann?

2. Falls nein, gibt es andere Möglichkeiten, das Erbscheinsverfahren nach dem Tod der Ehefrau zu vermeiden?

III. Zur Rechtslage

1. Regelmäßig keine Eintragung eines Verstorbenen als Eigentümer im Grundbuch

Die inzwischen nachverstorbene Ehefrau kann nicht mehr im Grundbuch eingetragen werden, da regelmäßig nur lebende (rechtsfähige) Personen im Grundbuch zu buchen sind (BayObLG NJW-RR 1995, 272, 273; OLG München FGPrax 2018, 109, 110; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3347 m. w. N.). Die Rechtsprechung hat von diesem Grundsatz nur auf dem Gebiet des Zwangsversteigerungsrechts eine Ausnahme anerkannt (BayObLG NJW-RR 1995, 272, 273; KG JFG 10, 208, 211; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rn. 98): Der Ersteher in der Zwangsversteigerung gem. § 130 ZVG kann auch dann eingetragen werden, wenn er zwischenzeitlich verstorben ist; denn das Versteigerungsergebnis kann nur im Ganzen eingetragen werden und das Vollstreckungsgericht ist zur Ermittlung des Erben weder verpflichtet noch berechtigt. Diese Ausnahme spielt vorliegend aber keine Rolle.

Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine **Grundbuchberichtigung** auch vorliegend **nicht in der Weise durchgeführt werden kann, dass als Eigentümer der Immobilie der inzwischen nachverstorbene Ehegatte eingetragen wird**, für den ein Erbnachweis wegen des vorliegenden Erbvertrages gem. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO geführt werden könnte.

2. Ausgangspunkt: Kein Erbnachweis bei Einsatz einer transmortalen Vollmacht

Die dem Neffen erteilte Vollmacht soll ausdrücklich Wirkung über den Tod des Vollmachtgebers

(Ehefrau) hinaus entfalten. Ihre Verwendung kommt bei der in Aussicht stehenden Beurkundung daher zumindest in Betracht.

Soweit für die anstehende Beurkundung eine Voreintragung der gegenwärtigen Eigentümer (Erbe oder Erbengemeinschaft nach der Ehefrau) **nicht** aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen gem. § 39 Abs. 1 GBO erforderlich ist, da die Ausnahme nach § 40 Abs. 1 GBO im konkreten Fall eingreift, **muss der transmortale Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Erbnachweis nach Maßgabe des § 35 GBO führen.** Er muss auch nicht die Erben namhaft machen, für die er handelt. Dies ist unbestritten (OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2012, 140; OLG München FGPrax 2014, 242; OLG Schleswig FGPrax 2014, 206, OLG Dresden ZEV 2012, 339; Thelen/Bühler, NJW 2024, 2950, 2952 Rn 13; Demharter, § 35 Rn. 9; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 28; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.9.2025, § 35 Rn. 80 m. w. N.).

3. Reichweite der Ausnahmen vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 GBO; Sonderproblematik Finanzierungsgrundschuld

a) Vorliegend soll abschließend die **Eigentumsbeschreibung** hinsichtlich der Immobilie auf den Käufer vorgenommen werden. Dies ist als Übertragung des Rechts gem. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ohne Voreintragung des oder der Erben möglich. Die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz gem. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist **auch dann einschlägig**, wenn – wie hier – der bzw. die **Erbeserben** des eingetragenen Berechtigten (Ehemann) materiell in deren Recht betroffen wird. Auch diese Erbeserben (hier: Erbe oder Erbengemeinschaft nach der Ehegatten) sind also „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ (erstverstorbenen Ehemann) i. S. v. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO (s. bereits RGZ 53, 304; Demharter, § 40 Rn. 3; Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 5 m. w. N.).

b) Unbestritten ist auch die zwischenzeitliche Eintragung einer **Auflassungsvormerkung**, die die spätere Eigentumsbeschreibung auf den Käufer nur vorbereitet und mit der Eigentumsbeschreibung zugleich wieder aus dem Grundbuch verschwindet, voreintragungsfrei möglich (BGH NJW 2018, 3310 Rn. 6; Schöner/Stöber, Rn. 142c m. w. N.). Auch insoweit ist also grundbuchverfahrensrechtlich keine Grundbuchberichtigung erforderlich.

c) Ob auch die Eintragung der vom Käufer benötigten Finanzierungsgrundschuld ohne Voreintragung des/der Erben erfolgen kann, ist umstritten. Vom Wortlaut der Ausnahme des § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist der Fall nicht erfasst. Eine in der neueren Rechtsprechung vordringende, inzwischen wohl überwiegende Auffassung will die Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld zu Gunsten der Käuferbank im Wege einer Analogie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO zuschlagen, hält eine Voreintragung also für entbehrlich (etwa mit Einzelargumentation OLG Frankfurt a. M. RNotZ 2018, 28; OLG Stuttgart FGPrax 2019, 13; OLG Celle DNotZ 2020, 572 m. Anm. Weigl; OLG Karlsruhe ErbR 2023, 60; zur Eintragungsbewilligung durch transmortale Bevollmächtigten ebenso auch OLG Hamburg ErbR 2023, 55; aus der Literatur zustimmend: Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 28; Thelen/Bühler, NJW 2024, 2950, 2953 Rn 16). Diese sich in der Judikatur der Oberlandesgerichte im Vordringen befindliche Auffassung ist bislang jedoch noch nicht vom BGH bestätigt und weicht von früherer und durch einen anderen Teil der Oberlandesgerichte fortgeführter Rechtsprechung ab (etwa KG FGPrax 2011, 270; KG FGPrax 2021, 4; OLG Oldenburg ZEV 2021, 644; OLG Bremen ZEV 2022, 157 ff. m. Anm. Weidlich, 159 f.; OLG Hamm NJW-RR 2023, 524 ff.). Im Schrifttum wird eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO nach wie vor weitgehend abgelehnt (z. B. von Schöner/Stöber, Rn. 142c; Demharter, § 40 Rn. 18; BeckOK-GBO/Zeiser, Std. 1.9.2025, § 40 Rn. 20).

Im unterbreiteten Sachverhalt ist diese **Streitfrage** nach der Angabe jedoch dadurch **entschärft**, dass das Grundbuchamt der hier interessierenden Region die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf der Grundlage einer Bewilligung durch den transmortale Bevollmächtigten nicht beanstandet.

d) § 40 GBO erspart in seinem – nach dem Gesagten hier eröffneten – Anwendungsbereich nur die Voreintragung des gegenwärtigen Berechtigten im Grundbuch. Gleichwohl muss aber die Bewilligungsberechtigung desjenigen, der als Veräußerer auftritt, dem Grundbuchamt nachgewiesen werden (vgl. Demharter, § 40 Rn. 2). Ein derartiger Nachweis ist vorliegend aber durch eine Legitimationskette möglich, die in grundbuchmäßiger Form auf den noch eingetragenen erstverstorbenen Ehegatten zurückführt.

Die Stellung der Ehefrau als Alleinerbin des erstverstorbenen Ehemanns ist nach der Schilderung durch notariell beurkundeten Erbvertrag nachgewiesen, welcher regelmäßig einen Erbnachweis durch Erbschein erspart (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO). Die Befugnis des nunmehr namens der Veräußerer auftretenden überlebenden Neffen ist wiederum durch die vorliegende notariell beurkundete, mit transmortalen Wirkung ausgestattete Vollmacht seitens der Ehefrau in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen.

4. Ergebnis

Eine **Grundbuchberichtigung** auf den zwischenzeitlich **nachverstorbenen überlebenden Ehegatten** ist vorliegend zwar **nicht möglich**. Sie ist für den grundbuchmäßigen Vollzug des anstehenden Kaufvertrags aber auch nicht erforderlich, da **§ 40 Abs. 1 Var. 1 GBO auch zu Gunsten des/der Erbeserben des eingetragenen Berechtigten eingreift**. Der nötige grundbuchmäßige Nachweis der Bewilligungsberechtigung kann hier durch die Zusammenschau des für die Rechtsnachfolge nach dem erstverstorbenen Ehegatten vorliegenden Erbvertrages und der seitens des überlebenden Ehegatten vorliegenden, notariell beurkundeten transmortalen Vollmacht hinreichend nachgewiesen werden. **Eines Erbscheinsverfahrens nach dem Tod des überlebenden Ehegatten**, um auch für diesen einen Erbnachweis in der Form des § 35 Abs. 1 GBO zu erhalten, **bedarf es daher u. E. nicht** (s. dazu bereits oben unter Ziff. 2.).