

# Kautelarjuristische Klausuren im Zivilrecht

Sikora / Kell

7. Auflage 2026  
ISBN 978-3-8006-7525-8  
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

### 3. Vollstreckungsunterwerfung, § 794 I Nr. 5 ZPO

Weithin üblich und sachgerecht ist es, dass sich der Käufer wegen der Kaufpreisforderung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in sein gesamtes Vermögen unterwirft (§ 794 I Nr. 5 ZPO). Dadurch erhält der Verkäufer einen Titel zur Durchsetzung des Kaufpreisanspruchs, ohne dass er ein Erkenntnisverfahren durchlaufen müsste. Da jedoch regelmäßig die Fälligkeit des Kaufpreises vom Eintritt bestimmter Fälligkeitsvoraussetzungen zum Schutz des Käufers abhängt, ist in der Urkunde durch entsprechende Anweisungen sicherzustellen, dass der Verkäufer eine vollstreckbare Ausfertigung, also eine Ausfertigung des Kaufvertrags, die eine Vollstreckungsklausel enthält, erst dann vom Notar verlangen kann, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen auch eingetreten sind. Bei mehreren Käufern dürfte es zudem regelmäßig sachgerecht sein, gesamtschuldnerische Haftung zu vereinbaren. Die Aufnahme einer Unterwerfungserklärung in notariellen Urkunden führt auch zu keiner unausgewogenen Vertragsgestaltung. In Grundstückskaufverträgen können hierdurch Leistung und Gegenleistung abgesichert werden, indem sich der Käufer wegen der Zahlung des Kaufpreises und der Verkäufer wegen der Räumung und der Besitzübergabe der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Statt einer unausgewogenen Vertragsgestaltung trägt die Unterwerfung jedes Beteiligten dadurch zur „Waffengleichheit“ bei. 411

### 4. Sicherungen gegen Zahlungsverzug, Rücktrittsrecht

Den Verkäufer interessiert in erster Linie eine Sicherung seines Erfüllungsanspruchs, also die vollständige Bezahlung des Kaufpreises. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob der notarielle Kaufvertrag auch vorsorgende Regelungen gegen einen etwaigen Zahlungsverzug des Käufers enthalten sollte. Regelmäßig ist die Bezahlung des Kaufpreises jedoch von einer oder mehreren Fälligkeitsvoraussetzungen abhängig, deren Vorliegen der Notar überprüft und den Beteiligten mitteilt. Eine derartige Fälligkeitsmitteilung macht eine Mahnung gem. § 286 II Nr. 2 BGB entbehrlich, weil es sich hierbei um ein verzugsauslösendes „Ereignis“ handelt.<sup>362</sup> 412

Gerät der Käufer in Verzug, kann der Verkäufer neben dem Ersatz seines Verzugsschadens auch gem. § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz verlangen, wenn er dem Käufer (erfolglos) eine angemessene Frist zur Zahlung bestimmt hat. Dem Verkäufer steht demgemäß bereits kraft Gesetzes ein Rücktrittsrecht im Falle des Zahlungsverzugs unter den vorgenannten Voraussetzungen zu. Unklar ist, ob der Vertrag darüber hinaus ein vertragliches Rücktrittsrecht vorsehen sollte. Der Verkäufer ist nämlich auch dann zum Rücktritt berechtigt, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung (Nichtleistung oder nicht vertragsgemäße Leistung) nicht zu vertreten hat. Jede Pflichtverletzung berechtigt zum Rücktritt, soweit sie nicht unerheblich ist, § 323 V 2 BGB. Voraussetzung für den Rücktritt ist neben der Pflichtverletzung nur der erfolglose Ablauf einer dem Käufer gesetzten angemessenen Frist. Nur in Ausnahmefällen dürfte es daher sachgerecht sein, ein vertragliches Rücktrittsrecht zu vereinbaren, bei dem auf das Erfordernis der Fristsetzung verzichtet wird. Derartige Vereinbarungen sind im Formular-/Verbrauchervertrag ohnehin gem. § 309 Nr. 4 BGB unzulässig. 413

Zusammenfassend hat der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers folgende Möglichkeiten (die Übersicht ist angelehnt an Weirich<sup>363</sup>). Er kann 414

- unabhängig von einem Verzögerungsschaden die gesetzlichen Verzugszinsen geltend machen (§§ 286, 288 BGB),
- weiter Erfüllung (also den Kaufpreis) und zusätzlich Ersatz des Verzögerungsschadens (§§ 280 I, II, 286 BGB) verlangen oder
- unter den Voraussetzungen des allgemeinen Leistungsstörungenrechts Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 I BGB) fordern und
- vom Vertrag zurücktreten (§ 323 BGB).

<sup>362</sup> Grüneberg/Grüneberg BGB § 286 Rn. 23; Hertel DNotZ 2001, 915.

<sup>363</sup> Weirich, Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 325.

## II. Sicherung des Käufers bei Direktzahlung

- 415 Hauptleistungspflicht des Käufers ist die Bezahlung des Kaufpreises. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein Leistungsaustausch Zug um Zug (§ 320 BGB) anders als beim Kauf beweglicher Sachen gegen Barzahlung nicht durchführbar ist. Daher erfolgt zur Sicherung des Verkäufers jedoch die Kaufpreiszahlung vor Beantragung der Eigentumsumschreibung. Dies führt zwangsläufig zu einer Vorleistung des Käufers, sodass durch eine ausgewogene Gestaltung sicherzustellen ist, dass die damit verbundenen Risiken auch für den Käufer minimiert werden. Der Notar wird daher regelmäßig die Kaufpreiszahlung vom Vorliegen verschiedener Fälligkeitsvoraussetzungen abhängig machen.

### 1. Eintragung einer Eigentumsvormerkung

- 416 Grundsätzlich unverzichtbar ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung. Demgemäß sieht der BGH<sup>364</sup> den Notar auch in der Pflicht, bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags über die Sicherung des Eigentumserwerbs durch Vormerkung zu belehren. Die Vormerkung sichert den Käufer für die Zeit zwischen Beurkundung des Kaufvertrags – genauer zwischen ihrer Eintragung bzw. Vorlage beim Grundbuchamt – und der Umschreibung des Eigentums. Sie schützt vor (Zwischen-) Verfügungen des Verkäufers, der – noch als Eigentümer und damit als Berechtigter – zwar vertragswidrig, aber dennoch wirksam das Grundstück anderweitig veräußern oder belasten könnte. Auch könnten Dritte durch die Eintragung von Zwangshypotheken den Erwerb erschweren oder durch Erwirkung des Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahrens jedenfalls vorübergehend unmöglich machen. Gemäß § 883 II BGB sind derartige Verfügungen (gegebenenfalls iVm §§ 80 I, 91 II InsO) dem Käufer gegenüber (relativ) unwirksam. Wegen des oft langen Zeitraums zwischen Beurkundung und Eigentumsumschreibung, die regelmäßig auch die Mitwirkung des Finanzamts in Form der Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung hinsichtlich der Grunderwerbsteuer voraussetzt, wird der Notar nur in ganz besonderen Ausnahmefällen auf die Eintragung einer Vormerkung verzichten. Denkbar sind etwa Fälle, in denen der Käufer von der öffentlichen Hand erwirbt, sodass das Insolvenzrisiko gem. § 12 I InsO nicht besteht und auch vertragsgemäße Zwischenverfügungen im Hinblick auf die Bindung des Staates an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) nicht zu befürchten sind. Gleiches gilt beim Erwerb von nahen Angehörigen, wenn die Beteiligten hinreichend über die Risiken aufgeklärt wurden und gleichwohl eine entsprechende Gestaltung wünschen.

### 2. Lastenfreistellung

- 417 Zu beachten ist jedoch, dass die Vormerkung nur gegen nachrangige Rechte und zeitlich spätere Verfügungen schützt. Soweit der Käufer eingetragene Rechte, wie etwa Dienstbarkeiten, die im Regelfall weder wertmindernd sind noch ohne Mitwirkung Dritter beseitigt werden können, nicht übernehmen möchte, sind die im Grundbuch eingetragenen Rechte vor Eintritt der Fälligkeit des Kaufpreises zu beseitigen. Der Käufer hat nämlich gem. § 435 BGB einen Anspruch auf lastenfreien Eigentumsübergang.
- 418 Typischerweise nicht übernommen werden Verwertungsrechte, wie etwa Grundpfandrechte, die zugunsten von Gläubigern des Verkäufers bestellt worden sind. Hat etwa der Verkäufer, als er seinerseits das vertragsgegenständliche Grundstück erworben hat, den Kaufpreis finanziert, dürfte regelmäßig bei einer Weiterveräußerung noch eine Grundschuld zugunsten der finanzierenden Bank eingetragen sein. Falls der Verkäufer zudem – wie im vorliegenden Fall – das durch die Grundschuld gesicherte Darlehen noch nicht vollständig im Zeitpunkt der Weiterveräußerung zurückgezahlt hat, hat der Vertragsgestalter auch hierauf zu reagieren. Die berechnete Bank wird nämlich regelmäßig nur dann dazu bereit sein, ihr Grundpfandrecht im Grundbuch zu löschen, wenn sie hinsichtlich ihrer Forderung vollständig befriedigt wird. Typischerweise verfügt jedoch der Verkäufer nicht über die notwendigen finanziellen Mittel, sodass er darauf angewiesen ist, dass seine Gläubigerbank aus einem Teilbetrag des Kaufpreises abgelöst wird. Dies bedeutet, dass der Notar als Fälligkeitsvoraussetzung nicht vorsehen

<sup>364</sup> BGH DNotZ 1989, 449.

kann, dass die Grundpfandrechte zugunsten der Gläubiger des Verkäufers im Zeitpunkt der Mitteilung der Fälligkeit bereits gelöscht *sind*. Der Notar kann jedoch auch insoweit als Treuhänder agieren, als er sich von den Beteiligten beauftragen lässt, alle zur vertragsgemäßen Lastenfreistellung erforderlichen Unterlagen (Löschungsbewilligungen, Pfandfreigabeerklärungen, Grundpfandrechtsbriefe, Rücknahme gestellter Zwangsversteigerungsanträge etc) bei den eingetragenen Gläubigern zu treuen Händen anzufordern und sich deren Ablöseforderungen zu einem bestimmten Datum mitteilen zu lassen. Zugleich weist der Verkäufer den Käufer unwiderruflich an, die von den abzulösenden Gläubigern geltend gemachten Forderungen unter Verrechnung mit dem Kaufpreis zu tilgen. Als Fälligkeitsvoraussetzung ist demgemäß regelmäßig nicht die Lastenfreistellung als solche zu vereinbaren, sondern lediglich die *Sicherung* der Lastenfreistellung, was bedeutet, dass diese Fälligkeitsvoraussetzung erfüllt ist, wenn dem Notar alle erforderlichen Lösungsunterlagen nicht übernommener Rechte in vollzugsfähiger (§§ 19, 29 GBO) Form vorliegen, und zwar auflagenfrei oder lediglich unter solchen Treuhandaufgaben, zu deren Erfüllung der Kaufpreis ausreicht. Der Notar teilt dem Käufer in der Fälligkeitsmitteilung also nicht nur mit, dass nunmehr der Kaufpreis zu zahlen (also fällig) ist, sondern – soweit entsprechende Auflagen von Gläubigerbanken vorliegen – auch an wen und in welcher Höhe der Kaufpreis (gegebenenfalls anteilig) zu bezahlen ist.

Der Notar ist daher auch gegenüber den Gläubigerbanken und für diese treuhänderisch tätig, 419 als er diesen verspricht, von ihren Lösungsunterlagen erst dann Gebrauch zu machen, wenn sie bestätigt haben, dass ihre Auflagen erfüllt sind. Der Notar legt somit die treuhänderisch verwahrten Lösungsunterlagen dem Grundbuchamt erst zusammen mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung vor.<sup>365</sup>

### 3. Genehmigungen

Der Notar hat gem. § 18 BeurkG die Beteiligten auf die erforderlichen gerichtlichen oder behördlichen Genehmigungen oder etwa darüber bestehende Zweifel hinzuweisen und diese in der Niederschrift zu vermerken. Da es Genehmigungen gibt, von denen die Rechtswirksamkeit des Vertrages oder der Vollzug abhängen, sollte der Notar das Vorliegen solcher Genehmigungen zur Fälligkeitsvoraussetzung erklären. Insoweit können öffentlich-rechtliche, gerichtliche und privatrechtliche Genehmigungen unterschieden werden. 420

#### a) Öffentlich-rechtliche Genehmigungen

So ist etwa bei der Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlich nutzbaren Grundstücks im Regelfall eine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§§ 1, 2 GrdStVG) einzuholen. Weitere wichtige öffentlich-rechtliche Genehmigungen, von denen die Wirksamkeit des Vertrags abhängt, sind solche nach dem Baugesetzbuch, wie etwa die in § 51 BauGB enthaltene Genehmigung im Umlegungsverfahren oder die nach § 144 BauGB erforderliche Genehmigung im Sanierungsgebiet. Vorliegend wird ein (ehemals) landwirtschaftlich genutztes Grundstück veräußert. Für die Anwendbarkeit des Grundstücksverkehrsgesetzes muss das vertragsgegenständliche Grundstück nicht tatsächlich land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden. Es genügt, wenn es in land- oder forstwirtschaftliche Kultur gebracht werden kann.<sup>366</sup> Daher unterliegt auch land- und forstwirtschaftlich nutzbares (künftiges) Bauland grundsätzlich der Genehmigungspflicht nach dem Grundstücksverkehrsgesetz. Mit der staatlichen Kontrolle soll gem. § 9 GrdStVG erreicht werden, dass 421

- land- und forstwirtschaftlich nutzbare Grundstücke möglichst in der Hand von Hauptberufslandwirten bleiben oder an sie gelangen („Bauernland in Bauern Hand“),
- Grundstücke nicht in zu kleine Parzellen zerschnitten,
- lebensfähige Betriebe nicht zerteilt und
- für Land keine Überpreise bezahlt werden.

Anhaltspunkte für die Frage, ob es sich um ein land- oder forstwirtschaftlich nutzbares Grundstück handelt, kann die katastermäßige Bezeichnung sein. Das vertragsgegenständliche 422

<sup>365</sup> Vgl. zu weiteren Einzelheiten BeckNotar-HdB/Everts § 1 Rn. 206 ff.

<sup>366</sup> BeckNotar-HdB/Everts § 1 Rn. 114 ff.

Grundstück ist im Grundbuch bezeichnet mit: „An den Gärten, Ackerland“. Auch wenn sich hieraus ebenso wenig wie aus der Lage und der letzten Nutzungsart mit letzter Sicherheit entnehmen lässt, ob es ein land- oder forstwirtschaftliches Grundstück ist, verlangen die Grundbuchämter in diesen Fällen eine Genehmigung bzw. ein sog. Negativattest der Grundstücksverkehrsbehörde. Sachlich zuständig ist in Bayern die Kreisverwaltungsbehörde (§ 3 I GrdStVG), in der kreisfreien Stadt Nürnberg also die Stadt selbst (Art. 9 I 1 BayGO). Im vorliegenden Fall wird der Notar vorsorglich um eine Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ersuchen oder ein entsprechendes Negativattest erholen, und deren Erteilung (alternativ) zur Fälligkeitsvoraussetzung erheben.

#### **b) Gerichtliche Genehmigungen**

- 423 Als gerichtliche Genehmigungen kommen bei Grundstückskaufverträgen regelmäßig solche des Familien-, des Betreuungs- und gegebenenfalls des Nachlassgerichts infrage. Nach dem Tod von Ludwig Lauch benötigt seine Ehefrau die Genehmigung des Familiengerichts zur Veräußerung des Grundstücks, weil ihr minderjähriger Sohn Miterbe geworden ist (§§ 1643 I, 1850 I Nr. 1 BGB, → Rn. 444 ff.).

#### **c) Privatrechtliche Genehmigungen**

- 424 Schließlich bedarf ein Vertrag bisweilen einer privatrechtlichen Genehmigung, und zwar etwa dann, wenn ein Beteiligter bei Vertragsschluss vollmachtslos vertreten wird oder ein Bevollmächtigter für ihn handelt, ohne dass die Vollmacht in der Form des § 29 GBO – erforderlich ist wenigstens öffentliche Beglaubigung gem. § 129 BGB – vorliegt.

#### **4. Vorkaufsrechte**

- 425 Der Notar hat bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags die Beteiligten auf die Möglichkeit des Bestehens gesetzlicher Vorkaufsrechte hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken, § 20 BeurkG. Die Norm spricht zwar ausdrücklich nur von gesetzlichen und damit öffentlich-rechtlichen Vorkaufsrechten und erwähnt daher etwa nicht das dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB), das Vorkaufsrecht des Mieters (§ 577 BGB) oder das Vorkaufsrecht eines Miterben beim Verkauf eines Erbteils (§ 2034 BGB). Jedoch hat der Notar die Beteiligten gleichwohl, sofern im konkreten Fall entsprechende Anhaltspunkte bestehen, hierüber zu belehren. Dies folgt aus § 17 BeurkG. Praxisrelevant sind insbesondere Vorkaufsrechte nach dem Baugesetzbuch. Danach hat etwa die Gemeinde gem. § 24 BauGB ein allgemeines Vorkaufsrecht beim Kauf von Grundstücken wenn gewisse Voraussetzungen vorliegen, beispielweise das Grundstück in einem Bebauungsplangebiet liegt. Jedenfalls hinsichtlich dieses Vorkaufsrechts muss dem Grundbuchamt ein entsprechendes Negativzeugnis vorgelegt werden (§ 28 I BauGB), aus dem sich ergibt, dass im konkreten Fall ein Vorkaufsrecht nicht besteht oder nicht ausgeübt wird. Eine gesetzliche Vollmacht für den Notar zur Einholung von Verzichtserklärungen besteht nicht. Daher wird der Notar von den Beteiligten hierzu beauftragt und bevollmächtigt. Da die wirksame Ausübung von Vorkaufsrechten die Durchführung des Vertrags zwischen den ursprünglich Vertragsschließenden unmöglich macht, wird der Notar das Nichtbestehen oder die Nichtausübung jedenfalls ins Auge springender gesetzlicher Vorkaufsrechte ebenfalls zur Fälligkeitsvoraussetzung erheben. In Betracht kommen ferner Vorkaufsrechte zB nach dem Bundesnaturschutzgesetz (§ 66 BNatSchG) oder den Naturschutzgesetzen der Länder (zB Art. 39 BayNatSchG), dem Denkmalschutzgesetzen (zB § 17 SächsDenkmSchG) oder dem Wasserrecht (§ 99a WHG).

### **III. Die Kaufpreisfinanzierung unter Mitwirkung des Verkäufers**

- 426 Auf das Dilemma bei der (teilweisen) Fremdfinanzierung des Kaufpreises wurde bereits hingewiesen: Die Kreditinstitute verlangen regelmäßig zur Darlehensauszahlung die Eintragung eines Grundpfandrechts am Kaufobjekt. Zu dessen Bestellung ist der Käufer jedoch erst in der Lage, wenn er Eigentümer geworden ist (§§ 13, 19 GBO). Dies setzt indes voraus, dass der Kaufpreis vollständig bezahlt ist, wozu der Käufer das Darlehen benötigt.

Dieses Dilemma lässt sich – auch zur Vermeidung eines Notaranderkontos – nur durch entsprechende Mitwirkung des Verkäufers bei der Bestellung des Grundpfandrechts in den Griff bekommen. Der Notar hat in den Vertrag eine Klausel aufzunehmen, wonach der Verkäufer sich damit einverstanden erklärt (und im Verhältnis zum Käufer sogar verpflichtet ist), dass am Vertragsgrundstück zur Finanzierung des Kaufpreises bereits vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer Grundpfandrechte zugunsten der Finanzierungsbank des Käufers eingetragen werden können. Die Eintragung dieser Grundpfandrechte hat der Verkäufer als (noch) betroffener Eigentümer zu bewilligen, § 19 GBO. Mit diesem verbreiteten Verfahren sind folgende Risiken verbunden, die jedoch weitgehend beherrschbar sind: 427

- Haftung des Verkäufers mit dem Grundstück für die Darlehensrückzahlung, obwohl er den Kaufpreis noch nicht erhalten hat;
- Haftung des Verkäufers mit dem Grundstück für Darlehenszinsen und ein etwaiges Disagio des Käufers;
- Haftung des Verkäufers für die Kosten der Grundsuldbestellung;
- Pfändung der Rückgewähransprüche durch Gläubiger des Verkäufers, die auf diese Weise nicht valutierte Teile der Grundsuld erlangen und den Käufer mit Vollstreckung bedrohen können, obwohl er den Kaufpreis gezahlt hat.

Selbstredend sind derartige Risiken für den Laien schwer erkennbar. Demgemäß hat der Notar die Beteiligten darauf hinzuweisen und vertragliche Vorkehrungen vorzuschlagen, die derartige Risiken minimieren (§ 17 BeurkG). Diese Sicherungen sind bereits in den Kaufvertrag selbst aufzunehmen und nicht erst in die Grundsuldbestellungsurkunde. 428

Um den Verkäufer zu schützen sind jedenfalls folgende Vereinbarungen in den Kaufvertrag und in die Grundsuldbestellungsurkunde aufzunehmen: 429

- Das einzutragende Grundpfandrecht darf bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur als Sicherheit für Beträge dienen, die tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld an den Verkäufer bzw. an dessen abzulösende Gläubiger ausgezahlt worden sind (eingeschränkte Sicherungsabrede).
- Die betroffenen Grundpfandrechtsgläubiger dürfen Darlehensauszahlungen bis zur Höhe des Kaufpreises nur zum Zwecke der Kaufpreiszahlungen an den Verkäufer bzw. an die aus dem Kaufpreis abzulösenden Gläubiger vornehmen (Zahlungsanweisung).<sup>367</sup>

Verfahrensmäßig kann die Bestellung der Grundpfandrechte auf zweierlei Art erfolgen: Zum einen kann der Verkäufer bei der Beurkundung der Grundsuldbestellung unmittelbar als Beteiligter mitwirken. Zum anderen kann er den Käufer bereits im Kaufvertrag eine Vollmacht zur Bestellung erforderlicher Grundpfandrechte erteilen (sog. Belastungs- oder Finanzierungsvollmacht). Die letztgenannte Gestaltung wird von den Beteiligten regelmäßig bevorzugt, weil sie dem Verkäufer erspart, an der Bestellung der Grundsuld mitzuwirken. Während es sich empfiehlt, die Vollmacht im Außenverhältnis zur Vermeidung von Wirksamkeitsmängeln und Vollzugsschwierigkeiten ohne jegliche Bindungen und Beschränkungen, also abstrakt, und somit auch unabhängig von der Wirksamkeit des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrags zu erteilen, ist darauf zu achten, dass im Innenverhältnis die vorstehenden Einschränkungen zur Sicherung des Verkäufers getroffen werden. 430

Es hat sich bewährt, die Einschränkungen, die bereits in der Kaufvertragsurkunde enthalten sind, wörtlich in die Grundsuldbestellungsurkunde zu übernehmen. Um dies verfahrensmäßig sicherzustellen, behilft sich die Praxis damit, dass von der Finanzierungsvollmacht einschränkend regelmäßig nur vor dem Notar, dessen Vertreter oder Nachfolger im Amt Gebrauch gemacht werden darf, der den Kaufvertrag beurkundet hat. Auf diese Weise kann der Notar den Gebrauch der Vollmacht überwachen und einen etwaigen Missbrauch verhindern. 431

Beim Teilflächenverkauf kann der Käufer hingegen Darlehen zur Finanzierung des Kaufpreises und weiterer Investitionen durch Grundschulden am gekauften Grundbesitz erst absichern, wenn er als Eigentümer des gekauften Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen ist. Hierzu ist der Vollzug der Teilung nach Messungsanerkennung und Auflassung erforderlich. Die zu- 432

<sup>367</sup> Hierzu auch Weirich, Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 352.



vor mögliche Verpfändung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs mit entsprechender Eintragung bei seiner Eigentumsvormerkung genügt nicht allen Kreditinstituten als Sicherheit. Umgekehrt ist der Verkäufer bisweilen nicht damit einverstanden, dass das ganze Grundstück, also auch das nicht veräußerte Restgrundstück, mit einer Grundschuld zugunsten der Finanzierungsbank des Käufers belastet wird.<sup>368</sup>

## H. Zu Frage 6 – Nachweis der Erbfolge

- 433 Infolge des Versterbens von Lauch müssen nun seine Erben – sofern sie an dem Verkauf festhalten wollen – an seiner Stelle handeln und an der notariellen Beurkundung mitwirken. Da Lauch keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat, wird er gem. §§ 1922 I, 1924 I, 1931 I 1, 1371 I BGB von seiner Ehefrau und seinem Sohn je zur Hälfte beerbt (gesetzliche Erbfolge). Beide bilden eine Erbengemeinschaft, § 2032 I BGB, sodass sie zur Verfügung über das Grundstück gem. § 2033 BGB zusammenwirken müssen.
- 434 Grundbuchverfahrensrechtlich kann – mangels einer notariell errichteten Verfügung von Todes wegen (§ 35 I 2 GBO) – die Erbfolge nur durch Vorlage eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses als öffentliche Urkunde iSd § 35 I 1 GBO dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden. Diesen müssen Mutter und Sohn beim zuständigen Amtsgericht-Nachlassgericht gem. § 352 FamFG beantragen. Der entsprechende Antrag, der auch eine Eidesstattliche Versicherung enthalten muss, kann auch durch den Notar beurkundet werden.
- 435 Fraglich ist jedoch, ob vor der Eigentumsumschreibung auf den Erwerber auch tatsächlich die Erben im Grundbuch eingetragen werden müssen oder jedenfalls sollten. Grundsätzlich fordert § 39 I GBO, dass eine Eintragung nur dann erfolgen soll, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Von diesem Grundsatz der Voreintragung macht jedoch unter anderem § 40 I GBO eine Ausnahme für den Fall, dass die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des einzutragenden Berechtigten ist. Voraussetzung ist dann insbesondere, dass die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll. § 40 I GBO erlaubt demgemäß eine Eigentumsumschreibung auf den Käufer und – nach allgemeiner Ansicht – auch die Eintragung einer Eigentumsvormerkung ohne Voreintragung des Erben. Nicht erfasst ist hingegen die Belastung des Grundstücks mit einer (Finanzierungs-)grundschuld.<sup>369</sup> Wünscht der Käufer – wie vorliegend – auch dies, ist/sind in jedem Fall zunächst der/die Erbe/n in das Grundbuch einzutragen. Gemäß Anm. 1 zu Nr. 14110 KV-GNotKG ist die Eintragung des Erben dabei sogar kostenfrei, wenn sie innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall beantragt wird.
- 436 Ohnehin empfiehlt sich jedoch stets die Voreintragung des Erben im Grundbuch. Der Erbschein genießt zwar öffentlichen Glauben gem. §§ 2366, 2365 BGB, aber nicht im gleichen Umfang wie das Grundbuch nach § 892 BGB.
- 437 Dies bedeutet konkret für den Fall, dass ein unrichtiger Erbschein wieder eingezogen wird, dass
- nach Eintragung des Käufers als Eigentümer dieser gem. §§ 2366, 2365 BGB geschützt ist und
  - dieser Schutz bereits dann greift, wenn eine Eigentumsvormerkung für den Käufer eingetragen wurde, §§ 2366, 2365, 883 II, 888 BGB. Andernfalls wäre nämlich der sonst allge-

368 Besondere Risiken birgt indes auch diese Gestaltung nicht, wenn der Bank die Grundschuld mit der Maßgabe angeboten wird, dass sie sich in jedem Fall nach Vermessung zur Freigabe der nicht verkauften Restfläche verpflichtet.

369 Ebenso Schöner/Stöber Grundbuchrecht Rn. 142; immer mehr OLG sind jedoch insoweit großzügiger und sehen die Eintragung einer Finanzierungsvollmacht als noch miterfasst an (vgl. zB OLG Frankfurt a.M. ZEV 2017, 719; umfassend Weber DNotZ 2018, 884; zum Meinungsstand auch Beck'sches Notarhandbuch/Krauß § 1 Nr. 639 Fn. 1494; siehe auch OLG Celle ErbR 2020, 126 mAnm Wendt sowie OLG Saarbrücken ErbR 2025, 759).



mein zugelassene gutgläubige Erwerb der Eigentumsvormerkung gem. §§ 892, 2366 BGB wertlos.

Ohne Voreintragung ist der Erwerb durch den Käufer indes trotz für ihn eingetragener Vormerkung gefährdet, wenn 438

- Miterben verkaufen und der Erbanteil eines Verkäufers diesem nicht mehr zusteht oder dieser verpfändet oder gepfändet ist, weil insoweit der Erbschein nach § 2365 BGB keinen öffentlichen Glauben entfaltet oder
- nach dem Antrag auf Eintragung der Eigentumsvormerkung für den Käufer, aber vor deren Eintragung der Erbschein eingezogen wird, weil im Rahmen des § 2366 BGB der § 892 II BGB nicht gilt, also der gutgläubige Erwerb nach § 2366 BGB nur möglich ist, wenn der Erbschein im Erwerbszeitpunkt, also bei Eintragung der Eigentumsvormerkung, noch nicht eingezogen ist.<sup>370</sup>

Der Notar wird demgemäß den Verkäufern empfehlen, einen Erbschein zu beantragen und einen entsprechenden Antrag an das Amtsgericht-Nachlassgericht beurkunden, § 2353 BGB. 439  
§ 2353 BGB spricht zwar nicht unmittelbar aus, dass der Erbscheinsantrag notarieller Beurkundung bedarf. Jedoch müssen die Angaben in der Antragsschrift durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Ist dies nicht möglich, bleibt regelmäßig nur die Versicherung an Eides statt (§ 294 ZPO), zu deren Entgegennahme der Notar gem. § 22 II BNotO befugt und zuständig ist.

Nach Vorlage des Erbscheins wird der Notar die Voreintragung der Erben unter Hinweis auf die Anm. 1 zu Nr. 14110 KV-GNotKG beim Grundbuchamt beantragen. Einen entsprechenden Antrag kann er auch im Kaufvertrag über das Grundstück mitbeurkunden,<sup>371</sup> sofern er klarstellt, dass die Erben vor Eintragung der Eigentumsvormerkung und vor Eigentumsumschreibung auf den Käufer als Berechtigte in das Grundbuch einzutragen sind. 440

## J. Zu Frage 7 – Erleichterte Grundbuchberichtigung (§ 35 I 2 GBO)

Liegt eine notarielle Verfügung von Todes wegen vor (Testament, gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag), kann mittels dieser, also ohne dass ein Erbschein kostenpflichtig beantragt werden müsste – die Erbfolge gem. § 35 I 2 GBO dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden. Anstelle des Erbscheins sind in diesem Fall die Verfügung von Todes wegen sowie die Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht dem Grundbuchamt vorzulegen. Voraussetzung ist freilich, dass sich die Erbfolge aus der Verfügung von Todes wegen eindeutig ergibt. Notarielle Verfügungen von Todes wegen sparen somit im Falle des Vorhandenseins von Grundbesitz aufseiten des Erblassers nicht nur Zeit, sondern regelmäßig auch Geld, weil auf die besondere Erteilung eines Erbscheins verzichtet werden kann. 441

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass notarielle Verfügungen von Todes wegen zwar als öffentliche Urkunden in einem etwaigen Zivilprozess nach § 415 I ZPO einen gesteigerten Beweiswert besitzen. Ihnen kommt jedoch, anders als etwa einem Erbschein gem. §§ 2366, 2365 BGB – materiell-rechtlich gerade kein öffentlicher Glaube zu. Besonders riskant ist es daher in der Praxis, die Erleichterungen des § 35 I 2 GBO (Nachweis der Erbfolge durch notarielles Testament anstelle eines Erbscheins) und § 40 I GBO (Eigentumsumschreibung bzw. Eintragung einer Eigentumsvormerkung ohne Voreintragung des Erben) kombiniert zu nutzen. Wird etwa das Eigentum auf den Käufer ohne Voreintragung des Erben unter bloßer Vorlage eines notariellen Testaments und Bezugnahme auf die Nachlassakten gem. §§ 35 I 2, 40 I GBO umgeschrieben und stellt sich später heraus, dass das notarielle Testament zB infolge eines privatschriftlichen Testaments, das nach diesem errichtet wurde, unwirksam ist, hat der Käufer materiell-rechtlich vom Nichteigentümer weder die Eigentumsvormerkung noch das Eigentum erworben. § 2366 BGB gilt für das notarielle Testament nämlich nicht und § 892 442

<sup>370</sup> Vgl. zum Ganzen Vollhardt MittBayNot 1986, 114 und Egerland NotBZ 2005, 286.

<sup>371</sup> Dieser Antrag löst indes im Kaufvertrag eine zusätzliche 0,5-Gebühr aus, KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG.

BGB hilft dem Käufer nicht, weil der veräußernde Erbe nicht Bucheigentümer war. Insoweit fehlt es materiell-rechtlich an einem Anknüpfungstatbestand für einen guten Glauben.

- 443 **Hinweis:** Bisweilen bestehen in der Praxis die Vertragsteile gleichwohl darauf, dass eine Voreintragung der Erben im Grundbuch zu unterbleiben hat. Der Notar kann in diesem Fall die Erfüllung seiner Amtspflichten nur dokumentieren, indem er sie auf die damit verbundenen Gefahren hinweist. Hierzu bietet sich zB folgender Formulierungsvorschlag an:  
Beide Vertragsteile wünschen trotz eines entsprechenden Vorschlags des Notars keine Eintragung der Erbfolge im Grundbuch. Der Notar hat insbesondere auf Folgendes hingewiesen: Wenn sich zu irgendeinem Zeitpunkt herausstellt, dass der Erblasser nicht Eigentümer war oder der Verkäufer nicht unbeschränkter Erbe geworden ist, zB infolge einer nachträglich gefundenen Verfügung von Todes wegen, erwirbt der Käufer trotz Zahlung des Kaufpreises kein Eigentum. Diese Gefahren bestehen auch nach Eintragung des Käufers als Eigentümer fort.

### K. Zu Frage 8 – Beteiligung Minderjähriger

- 444 Ludwig ist als 15-Jähriger minderjährig und damit beschränkt geschäftsfähig, §§ 2, 106 BGB. Sofern ein Rechtsgeschäft für ihn nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, bedarf er der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, § 107 BGB. Möglicherweise ist darüber hinaus noch ein (Ergänzungs-)Pfleger zu bestellen sowie eine gerichtliche Genehmigung erforderlich.
- 445 Ist ein minderjähriger Verkäufer oder Käufer eines Grundstücks, wird er regelmäßig durch seine Eltern gemeinschaftlich vertreten, § 1629 I 2 BGB. Ist indessen ein Elternteil verstorben, steht dem überlebenden Elternteil die elterliche Sorge allein zu, § 1680 I BGB. Insoweit vertritt dieser Elternteil das Kind allein, § 1629 I 3 BGB.
- 446 Ein lediglich rechtlicher Vorteil ist bei einer Grundstücksveräußerung schon wegen des Eigentumsverlusts nicht anzunehmen.  
Es fragt sich, ob ein Ergänzungspfleger vom Familiengericht zu bestellen ist, weil die Mutter gem. §§ 1629 III, 1824 II, 181 BGB von der Vertretung ihres Kindes ausgeschlossen ist. Dies könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass die Erbengemeinschaft bestehend aus Mutter und Sohn ein Nachlassgrundstück an einen Dritten veräußert und die Mutter hierbei sowohl im eigenen Namen als auch als Vertreterin ihres minderjährigen Kindes, das ebenfalls Mitglied der Erbengemeinschaft ist, handelt. Nach überwiegender Ansicht<sup>372</sup> ist jedoch die Bestellung eines Ergänzungspflegers in diesem Fall nicht erforderlich, weil es sich um parallele Willenserklärungen der Mutter im eigenen Namen und in Vertretung für ihren Sohn gegenüber den Käufern handelt. Bei der Veräußerung des Nachlassgrundstücks liege gerade keine Erbausinandersetzung unter den Miterben vor, bei der ein Interessensgegensatz zwischen Mutter und minderjährigem Sohn anzunehmen wäre. Die Mutter kontrahiert damit nicht auf beiden Seiten des Vertrages. Der Tatbestand des § 181 BGB liegt somit nicht vor.
- 447 Gleichwohl benötigt die Mutter nach §§ 1850 I Nr. 1, 1643 I BGB zum Verkauf eines Grundstücks, das auch dem minderjährigen Sohn als Miterben gehört, eine familiengerichtliche Genehmigung. Der Notar hat nach § 18 BeurkG die Beteiligten auf die erforderliche Genehmigung hinzuweisen und dies in der Niederschrift zu vermerken. Die Entscheidung des Familiengerichts über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung ist eine Ermessensentscheidung; maßgeblich hierfür sind allein die Interessen des Kindes. Zu empfehlen ist, dass die Eltern vor der Beurkundung des Kaufvertrags die Frage der Genehmigungsfähigkeit – etwa durch Übersendung eines Entwurfs der beabsichtigten Urkunde – mit dem Familiengericht klären. In der Regel ist ein Verkehrswertgutachten vorzulegen, wenn nicht dem Gericht ausführlich durch dokumentierte Bemühungen eines Maklers eine realistische Preisfindung plausibel gemacht werden kann.

<sup>372</sup> Vgl. OLG Jena NJW 1995, 3126; Grüneberg/Götz BGB § 1795 Rn. 10.