

Frank Theisen\*

## Das Vorkaufsrecht bei der Erbteilsveräußerung

### Abstract

Das *Vorkaufsrecht* der Miterben wirft bei der Erbteilsveräußerung eine Vielzahl von Problemen auf, die Studierenden bekannt sein müssen. Das Erbrecht ist zwar nur in seinen Grundzügen Examensstoff. Das Vorkaufsrecht der Miterben ist aber auf das Engste mit dem Allgemeinen Teil des BGB sowie dem Schuld- und Sachenrecht verbunden. Die besonderen Schwierigkeiten zeigen sich vor allem beim Auseinanderfallen des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts. Dahingehend bietet ein neueres *BGH*-Urteil Aufschluss.

---

\* Dr. Dr. Frank Theisen, M. A. ist wissenschaftlicher Assistent an der Juristenfakultät der Universität Leipzig. Er habilitiert zur Zeit bei Prof. Dr. Voss (Universität Osnabrück), dessen langjähriger wiss. Mitarbeiter er war, über das Thema „Die spätantike kaiserliche Erbpacht – Überlegungen anhand C. 11.62 –“.

## I. BGH DNotZ 2002, 297 ff.

### 1. Der Sachverhalt

Der Entscheidung *BGH DNotZ 2002, 297 ff.* liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Ein Miterbe veräußert seinen Erbteil an einen nicht der Erbengemeinschaft angehörigen Dritten. Innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zwei-Monatsfrist üben die Miterben gegenüber dem verkaufenden Miterben und dem Notar ihr Vorkaufsrecht aus. Trotzdem übertrug der Miterbe seinen Erbteil dem Dritten.

Der *BGH* musste sich nun mit der Frage auseinandersetzen, ob eine dingliche Übertragung trotz Geltendmachung des Vorkaufsrechts seitens der Miterben nach dem Verstreichen der Zwei-Monatsfrist möglich ist.

### 2. Veräußerungsbefugnis des Miterben

Der Miterbe hat nach der Gesetzeslage eine Verfügungsmöglichkeit über seinen Teil am Nachlass. Das Gesetz flankiert das mit der Befugnis, dass der Miterbe die Erbaueinsetzung verlangen kann.<sup>1</sup> Der Grund ist die Zufälligkeit der Erbengemeinschaft. Ein Erbe soll nicht unter Zwang verbleiben.<sup>2</sup>

Durch eine Veräußerung kann der Miterbe schneller zu einer wirtschaftlichen Verwertung kommen als über ein möglicherweise langwieriges Auseinandersetzungsverfahren.<sup>3</sup> Eine Erbteilsveräußerung setzt sich aus dem Verpflichtungsgeschäft, §§ 2371 ff. BGB, anwendbar auf den Erbteilskauf durch § 1922 II BGB,<sup>4</sup> und dem Verfügungsgeschäft nach § 2033 BGB zusammen. Beide Geschäfte sowie die damit verbundenen Nebenabreden bedürfen der notariellen Beurkundung.<sup>5</sup> Die Formerfordernisse sind bei beiden Geschäften gleich. Das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft können in einer Urkunde vereint werden. Gegenstand der Veräußerung ist der Anteil am gesamten Nachlass. Der Miterbe kann nicht einen besonderen Nachlassgegenstand veräußern, auch wenn der Nachlass zum Beispiel nur aus einem Grundstück bestehen würde.<sup>6</sup> Dieser Beitrag behandelt die reine Erbteilsveräußerung. Hinsichtlich einer besseren Verständlichkeit des Urteils ist es unumgänglich, sich mit den Voraussetzungen des Erbteilskaufs und des Vorkaufsrechts gegenüber dem Verkäufer auseinanderzusetzen.

1 Ähnlich *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, Rn. 605.

2 So auch *M. Wolf*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2033, Rz. 1; *Harder/Kroppenberg* (Fn. 1), Rn. 605.

3 *Staudinger/Werner*, BGB, 13. Aufl. 1996, § 2033, Rn. 2; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 2003, § 2033, Rn. 1; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2002, § 42 II 1.

4 *BGHZ* 25, 174 (180); *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2033, Rz. 1, 17.

5 *BGH NJW* 1967, 1129; *Keim*, Erbaueinsetzung und Erbteilsübertragung, in: *RNotZ* 2003, S. 375 (382).

6 *BGH NJW* 1967, 200; *OLG München*, *NJWE-FER* 1999, 93 (93 f.); *Winkler*, Verhältnis von Erbteilsübertragung und Erbaueinsetzung – Möglichkeiten der Beendigung der Erbengemeinschaft, *ZEV* 2001, S. 435/436; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607.

## II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Erbteilskaufs

### 1. Verpflichtungsgeschäft

#### a) Allgemeine Voraussetzungen

Auf den Erbteilskauf sind die Vorschriften des Erbschaftskaufs, §§ 2371 ff. BGB, anzuwenden, § 1922 II BGB. Unabdingbar sind die §§ 2371, 2382, 2383, 2384 BGB.

Der Erbteilskauf ist ein Kaufvertrag im Sinne der §§ 433 ff., 453 I BGB. Die Regelungen des Kaufvertrags finden bei ihm Anwendung. Eingeschränkt wird das nur durch die zuvor genannten nicht dispositiven Regeln des Erbschaftskaufs. Der Kaufvertrag begründet die Verpflichtung zur Übertragung des Erbteils. Gemeint ist damit die Veräußerung eines Gesamtrechts oder eines Bruchteils dieses Rechts an dem Nachlass.<sup>7</sup>

Der Erbteilsverkauf umfasst nicht später noch anfallende Anteile an Erbschaften. Sie können durch Wegfall eines Miterben entstehen, § 2373 S. 1 BGB. Darüber kann der Miterbe gesondert verfügen. Das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft können zeitlich zusammen fallen. Der Miterbe veräußert seinen Erbteil mit sofortiger dinglicher Wirkung. Es handelt sich um eine dingliche Erbteilsabtretung. Besteht der Erbteil unter anderem aus einer Immobilie, muss gleichzeitig ein Antrag auf Grundbuchberichtigung gestellt werden.<sup>8</sup> Fallen das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zeitlich auseinander, stellt sich die Frage nach der zeitlichen Ausübung des Vorkaufsrechts der Miterben. Mit diesem besonderen Problem beschäftigt sich *BGH* DNotZ 2002, 297 ff.

#### b) Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäfts

Nach § 2371 BGB ist der Erbschaftskauf formgebunden. Diese Norm ist auch auf den Erbteilskauf anwendbar. Es stellt sich die Frage, ob ein formunwirksames Verpflichtungsgeschäft durch die Vornahme des Verfügungsgeschäfts heilbar ist. Das widerspricht dem Sinn und Zweck des § 2371 BGB. Der Normzweck des § 2371 BGB ist der sich aus der notariellen Beurkundung ergebende Schutz der Vertragsparteien.<sup>9</sup> Durch die Formgebundenheit sollen die Parteien vor unüberlegtem Handeln geschützt werden. Ein formunwirksames Verpflichtungsgeschäft ist nicht durch eine analoge Anwendung von § 311 b I 2 BGB<sup>10</sup> heilbar. Die Analogie scheitert an der

7 Ähnlich Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2033, Rn. 17.

8 *BayObLG* Rpfleger, 1982, 217 (218); *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 5.

9 RGZ 72, 209 (210); 137, 171 (174); *BGH* NJW 1998, 1578; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 1; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1997, § 2371, Rn. 1. A. A. Staudinger/Olshausen, 13. Aufl. 1997, § 2371, Rn. 4. Nach seiner Ansicht ist der Käufer über § 17 BeurkG geschützt.

10 A. A. *Damrau*, in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2371, Rz. 22; Staudinger/Olshausen, (Fn. 9), § 2371, Rn. 27; *Habscheid*, Zur Heilung formnichtiger Erbteilskaufverträge. Kritische Bemerkungen zu BGH III ZR 193/64 vom 2. 2. 1967, FamRZ 1967, 445, FamRZ 1968, S. 13; *Schlüter*, Durchbrechung des Abstraktionsprinzips über § 139 BGB und Heilung eines formnichtigen Erbteilskaufs durch Erfüllung – *BGH* NJW 1967, 1128, in: JuS 1969, S. 10 (15 f.); *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, S. 1198; *Keller*, Formproblematik der Erbteilsveräußerung, Diss. 1995, S. 117; *ders.*, Auskunftsansprüche gegenüber Vertragserben sowie gegenüber der

nicht vorhandenen Regelungslücke.<sup>11</sup> § 2371 BGB regelt eindeutig die Formgebundenheit des Erbschaftskaufs und damit auch des Erbteilskaufs. Für § 311 b I 2 BGB ist kein Platz.

Eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts würde auch nicht die Zusatz- oder Nebenabreden abdecken. Das wäre der Fall, wenn weitere Vereinbarungen seitens der Parteien getroffen würden, die mit der dinglichen Verfügung der Erbteilsübertragung nicht in Verbindung stünden.<sup>12</sup> Unterscheiden sich das Verpflichtungs- und das Erfüllungsgeschäft in ihrem Inhalt und ihrer Ausrichtung, könnte ein formloser Erbteilskauf mit der Übertragung nicht geheilt werden.

Die schuldrechtliche Vereinbarung sollte alle Abreden umfassen. Ist dies nicht der Fall, ist aufgrund des Formmangels das Verpflichtungsgeschäft nichtig, § 125 BGB. Die möglicherweise schon durchgeführte Verfügung bleibt aufgrund der Abstraktion wirksam, wobei es zu einem Anspruch aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB kommt. Die Durchsetzung eines solchen Anspruchs kann mit Nachteilen verbunden sein. Der Käufer kann sich auf eine Entreicherung berufen, § 818 III BGB. Es ist vorteilhaft, dass das schuldrechtliche und dingliche Geschäft übereinstimmen und alle von den Vertragsschließenden als erforderlich erachtenden schuldrechtlichen Abreden enthalten.<sup>13</sup>

Ebenfalls ist der Nachweis, wann bei einem Erbteilskauf die Übertragung stattgefunden hat, problematisch.<sup>14</sup> Bei einer Erbteilsveräußerung kann das wirtschaftliche Ausmaß kaum übersehen werden, da keine bestimmten Einzelteile erworben werden. § 2380 BGB gilt nämlich auch für den Erbteilskauf.<sup>15</sup> Die Abweichung zu § 446 BGB zeigt sich darin, dass der Erbteilskauf eine bestimmte Sachgesamtheit betrifft, nicht einen einzelnen Gegenstand („Gefahrtragung“). Es ist kaum feststellbar, wann überhaupt ein Besitzübergang erfolgt ist. Der Umfang ist folglich nur schlecht abzusehen. Auch aus § 17 BeurkG kann man keine Heilung eines formlosen Verpflichtungsgeschäfts herleiten. § 17 BeurkG regelt eine besondere Beratungs- und Prü-

---

Erblasser-Bank bei lebzeitigen Zuwendungen des Erblassers, ZEV 1995, S. 433; *Damrau*, Die Abschichtung, ZEV 1996, S. 361 (364); *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 176 ff.; *Michalski*, BGB-Erbrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 1115 b; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 4 m. w. N. aus der Literatur der ersten Hälfte des 20. Jhs.; *Keim*, (Fn. 5), S. 382. Zu der Problematik auch *Harke*, Formzweck und Heilungsziel, in: WM 2004, S. 357 (362).

11 RGZ 129, 122 (123); *BGH NJW* 1967, 1128 (1129); *BGH MDR* 1969, 649; *BGH WM* 1970, 1319; *BGH DNotZ* 1971, 37 (38); *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 19; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. 1997, § 2033, Rn. 23; *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 9), § 2371, Rn. 7; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2033, Rz. 17; *Palandt/Edenhofer*, 65. Aufl. 2006, § 2033, Rn. 9 und § 2371, Rn. 3; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 6; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2371, Rn. 3; *Leipold*, *Erbrecht*, 13. Aufl. 2000, Rz. 605; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 211 ff.; *Eberl-Borges*, Die Erbaueinandersetzung, 2000, S. 262; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3) § 2371, Rn. 3.

12 Ablehnend auch *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 19.

13 *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 6.

14 A. A. *Eberl-Borges*, (Fn. 11), S. 262; *Keim*, (Fn. 5), S. 382.

15 *Staudinger/Olshausen*, (Fn. 10), § 2380, Rn. 3; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2380, Rn. 1.

fungspflicht<sup>16</sup> des Notars. Der Notar soll ermitteln, ob der rechtliche Inhalt des Geschäfts dem wirklichen Willen der Beteiligten entspricht. § 17 BeurkG hat eine gewisse Schutz- und Warnfunktion und ergänzt § 2371 BGB.<sup>17</sup> Eine Heilung ist damit nicht intendiert. Vielmehr muss der Notar auf das Vorkaufsrecht der Miterben<sup>18</sup> und die Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten<sup>19</sup> hinweisen.

## 2. Verfügungsgeschäft nach § 2033 BGB

### a) Verfügung über den Nachlass

Der Miterbe kann nur über seinen Anteil am Nachlass verfügen. Die Möglichkeit besteht auch, wenn es zu einer teilweisen Auseinandersetzung gekommen ist. Durch die Verfügung werden die aus dem Erbteil herrührenden Rechte übertragen. Der Käufer erhält keine Erbenstellung. Er rückt jedoch in die Erbengemeinschaft als Mitglied ein.<sup>20</sup>

Der Miterbe kann jemandem auch einen Nießbrauch an seinem Erbteil einräumen, §§ 1069, 2033 I BGB.<sup>21</sup> Dabei handelt es sich um einen Rechtsnießbrauch. Anstelle des Miterben übt der Nießbrauchsberechtigte sein Recht nach §§ 2033, 1068 ff., 1066 I BGB aus.<sup>22</sup> § 1066 BGB ist anwendbar, obwohl dort nicht von einem Gesamthandseigentum, sondern von einem Miteigentum gesprochen wird. Der Umfang seines sich aus § 1066 I BGB ergebenden Rechts ist die gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses nach § 2038 BGB. Dem Nießbrauchsberechtigten steht unter anderem der Früchteanteil und die Gebrauchsbefugnis zu, § 2038 II i. V. mit § 743 BGB. Die Miterben können aber keinen Anspruch auf Beteiligung an den Kosten und Lasten nach § 2038 Abs. 2 i. V. mit § 748 BGB gegen den Anteilsnießbraucher durchsetzen.<sup>23</sup> Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1066 Abs. 1 BGB. Der Nießbraucher übt die Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft ergeben.<sup>24</sup> § 1066 BGB spricht nur von Rechten und nicht von Lasten. Der Miterbe, der den Nießbrauch überträgt, bleibt weiterhin als Schuldner in der Miterbengemeinschaft. Er muss sich an den Kosten und Lasten beteiligen.

Ein Miterbe kann seinen Erbanteil auch verpfänden, §§ 1273 ff. BGB. Der Pfandgläubiger hat ein Pfandrecht an dem Nachlassanteil, nicht aber an bestimmten Gegen-

---

16 J. Mayer, in: Soergel, 13. Aufl. 2002, § 17 BeurkG, Rn. 1. A. A. BGHZ 15, 106 = DNotZ 1955, 208.

17 J. Mayer, Soergel, (Fn. 16), § 17 BeurkG, Rn. 36 m. w. N.

18 BGH WM 1968, 1042 (1043) = MDR 1968, 1002.

19 BGH DNotZ 1965, 693 (694) = MDR 1965, 469.

20 Harder/Kroppenberg, (Fn. 1), Rn. 608.

21 RG 153, 29 (31 ff.).

22 OLG München, JFG 1921, 177.

23 BGH DB 1979, 545; Palandt/Bassenge, (Fn. 11), § 1066, Rn. 1; Wegmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 1066, Rn. 3.

24 Staudinger/J. Frank, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1066, Rn. 6; Wegmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 1066, Rn. 3.

ständen des Nachlasses:<sup>25</sup> Es besteht nur die Möglichkeit einer Pfändung oder Zwangsvollstreckung in den Anteil, § 859 Abs. 2 ZPO i. V. mit § 857 ZPO.<sup>26</sup> Die Rechte des Pfandgläubigers bestimmen sich nach §§ 1273 II, 1258 BGB. Seine Befugnisse ergeben sich aus §§ 2038, 743, 745, 746 BGB. Grundlage dafür ist § 1258 I BGB. Die Verwaltung des Nachlasses und die Benutzung desselben stehen dem Pfandgläubiger zu. Im Gegensatz zum Nießbrauchsberechtigten, der dafür die Zustimmung des übertragenden Miterben benötigt, kann der Pfandgläubiger aber bei Pfandreife die Auseinandersetzung verlangen.<sup>27</sup> Er kann bei einer Verfügung oder Auseinandersetzung<sup>28</sup> über das Erbe mitwirken, §§ 2040, 2042 BGB.

#### b) Stellung des veräußernden Miterben

Der Veräußerer verliert nicht seine Stellung als Miterbe,<sup>29</sup> wie umgekehrt der Käufer nicht Miterbe werden kann. Aufgrund dessen kann der Verkäufer als Erbe eine letztwillige Verfügung anfechten oder andere Rechte aus seiner Erbenstellung wahrnehmen.<sup>30</sup>

Der Verkäufer scheidet aus der Erbengemeinschaft aus, obwohl er bei einem Erbteilskauf neben dem Erwerber den Nachlassgläubigern gegenüber haftet, §§ 2382 Abs. 1 S. 1, 2385 BGB. Sie sind Gesamtschuldner, § 421 BGB. Möglich ist eine Haftungsbeschränkung nach § 2383 I BGB, wenn der Verkäufer schon beschränkt haftete, §§ 1975 ff. BGB.<sup>31</sup> Er haftet allein, wenn der Kaufvertrag wegen eines Formmangels unwirksam ist.<sup>32</sup> Das ist wiederum ein Argument gegen die Heilung. Die Haftungsübernahme besteht ab der schuldrechtlichen Einigung über die Veräußerung des Erbteils. Dieser Zeitpunkt sollte bestimmbar sein.

Der Verkäufer kann nach einer wirksamen Veräußerung kein Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB geltend machen.<sup>33</sup> Er genießt nicht mehr den aus dem Vorkaufsrecht re-

25 *BGH NJW* 1968, 2060; *BayObLG DB* 1983, 708.

26 *BGH* 72, 39 (41); *BayObLG DB* 1983, 708; *OLG Frankfurt Rpfleger* 1979, 205; *LG Stendal Rpfleger* 1998, 122; *Smid*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2. Aufl. 2001, § 859, Rn. 21 f.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 859, Rn. 6.

27 *BGHZ* 52, 99 (105); *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 11), § 2033, Rn. 33; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 30; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 11.

28 *BGHZ* 52, 99 (104 ff.).

29 *BGH NJW* 1971, 1265; *BGHZ* 121, 47 (50 f.); *BGH DNotZ* 2002, 297 (298 f.); *KG NJW-RR* 1999, 880 (881); *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 24; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB* (Fn. 11), § 2033, Rn. 27; *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 11), § 2033, Rn. 7; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 8.

30 *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB* (Fn. 11), § 2033, Rn. 27; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 24; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB* (Fn. 11), (Fn. 3), § 2033, Rn. 8; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 42 II 3.

31 *Staudinger/Olshausen*, (Fn. 9), § 2383, Rn. 6; *Zimmermann*, in: *Soergel*, (Fn. 16), § 2383, Rn. 1.

32 *BGHZ* 38, 187 (188); *BGH NJW* 1967, 1128 (1131); *Staudinger/Olshausen*, (Fn. 9), § 2382, Rn. 5; *J. Mayer*, *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2382, Rn. 3; a. A. *Keller*, (Fn. 10), S. 199 ff.

33 *St. Rspr.* seit *BGH NJW* 1971, 1264; zuletzt *BGH DNotZ* 2002, 297 (298 ff.); *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rz. 9; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 23;

sultierenden Schutz, obwohl er weiterhin Miterbe ist.<sup>34</sup> § 2034 I BGB spricht von den „übrigen Miterben“, die eine Berechtigung zum Vorkauf haben. Gemeint sind damit die anderen Mitglieder der Erbengemeinschaft, außer dem, der seinen Erbanteil veräußert.<sup>35</sup> Die Miterben sollen unter sich bleiben können; der Veräußerer ist aus der Miterbengemeinschaft ausgeschieden. Er hat deswegen kein Interesse mehr, wer in die Miterbengemeinschaft eintritt.

### c) Grundbuchberichtigung

Befindet sich im Nachlass ein Grundstück, so ist zunächst die Erbengemeinschaft nach dem Verstorbenen als Eigentümer einzutragen. Veräußert nun ein Miterbe seinen Erbteil, wird aufgrund des dinglichen Verfügungsgeschäfts das Grundbuch unrichtig. Der Erwerber wird als Mitglied der Erbengemeinschaft durch eine Grundbuchberichtigung eingetragen.<sup>36</sup> Die Berichtigung kann auf zwei Arten geschehen. Der Erbteilkäufer beantragt eine Grundbuchberichtigung materiellrechtlich nach § 894 BGB.<sup>37</sup> Das Recht, das er an dem Nachlass erworben hat, ist nicht im Grundbuch berücksichtigt. Daneben besteht die Möglichkeit einer Berichtigung nach § 22 I GBO.<sup>38</sup> Der Erwerber muss die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachweisen. Der Weg über § 22 GBO ist die einfachere und sichere Variante. Es reicht der Nachweis aus, dass die materielle, dingliche Rechtslage vom Grundbuchinhalt abweicht. Eine Unrichtigkeit im Sinne der §§ 892, 894 BGB wird vorausgesetzt. Ansonsten müsste der Käufer nach § 894 BGB die Eintragung auf dem Klageweg durchsetzen, was langwieriger ist. Ob ihm wegen § 22 GBO dann überhaupt ein Rechtsschutzbedürfnis zusteht, ist fraglich.<sup>39</sup> Auf jeden Fall muss die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser im Grundbuch eingetragen sein.<sup>40</sup> Ansonsten ist das Grundbuch unrichtig.

---

*M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rz. 8; Palandt/*Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 5; *Schlüter*, in: Erman, 9. Aufl. 1993, § 2034, Rz. 4.

34 BGZ 121, 47 (50 f.).

35 BGHZ 121, 47 ff.; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 22; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 9; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 8; Palandt/*Edenhofer*, (Fn. 9), § 2034, Rn. 3; *Lohmann*, in: Bamberger/Roth (Fn. 3), § 2034, Rn. 8. A. A. *Ebenroth*, (Fn. 10), Rz. 741; *Ann*, (Fn. 10), S. 221 f., die in der h. M. unter anderem eine zu große Einengung des Wortlautes des § 2034 BGB sehen.

36 BGH NJW 1965, 862; NJW 1969, 92; *BayObLGZ* 30, 63; *BayObLG* NJW-RR 1987, 398; *OLG Köln* Rpfleger, 1993, 349; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rn. 16; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 45 II 2 b).

37 RGZ 90, 232 (235).

38 *BayObLG* Rpfleger 1982, 217; *BayObLGZ* 1986, 493; *BayObLGZ* 1994, 158; *OLG Hamm*, *OLGZ* 1977, 419/424; *OLG Köln* Rpfleger 1993, 349 (350); *Kregel*, in: RGRK, BGB, 12. Aufl. 1974, § 2033, Rn. 3; *Dütz*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2033, Rn. 12; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 20; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2033, Rn. 16; *Lohmann*, in: Bamberger/Roth (Fn. 3), § 2033, Rn. 7; *Harder/Kroppenberg*, (Fn. 1), Rn. 607.

39 *Budde*, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, § 22, Rn. 31 ff.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 9 und. 26; Palandt/*Bassenge* (Fn. 11), § 894, Rn. 1.

40 *BayObLG* FamRZ 1995, 12; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2033, Rn. 26.

## d) Formgebundenheit der Erbteilsübertragung

Auch das Verfügungsgeschäft bedarf der notariellen Beurkundung, § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Nichtigkeit folgt nach § 125 BGB. Damit wird eine Beweiserleichterung geschaffen. Der Verkäufer soll vor einer Übereilung geschützt werden.<sup>41</sup>

### III. Vorkaufsrecht

#### 1. Allgemeines

Das Vorkaufsrecht der Miterben, Erben und Erbeserben<sup>42</sup> oder einer Untererbengemeinschaft<sup>43</sup>, die das Vorkaufsrecht gesamthänderisch ausübt, beruht auf der Freiwilligkeit und Gültigkeit des Erbteilskaufvertrags, § 2371 BGB. Für das Ausüben des Vorkaufsrechts muss das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam sein. Bei einer Nichtigkeit wegen eines Formmangels bleibt nur die Rückabwicklung über § 812 I 1, 1. Alt. BGB.

Auf das Vorkaufsrecht der Miterben sind die allgemeinen Regeln der §§ 463 ff. BGB soweit anwendbar, wie sich aus den Spezialvorschriften der §§ 2034, 2035, 2037 BGB nichts anderes ergibt. Die Miterben können das gesetzliche Vorkaufsrecht erst ausüben, wenn der Miterbe mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, § 463 BGB. Ein Vorkaufsrecht besteht nicht, wenn ein Miterbe ein Anteil eines anderen Miterben übernehmen möchte, § 2034 BGB.<sup>44</sup> Gleiches gilt bei einer Verschenkung des Anteils<sup>45</sup>, bei einer Verpfändung, einer Sicherungsübereignung<sup>46</sup>, einer Nießbrauchsüberlassung und einem Tausch<sup>47</sup>. Es muss das kaufvertragliche Element, die Freiwilligkeit und Dauerhaftigkeit der Veräußerung vorhanden sein.<sup>48</sup> Bei der Verpfändung fehlt zudem oftmals schon das Motiv einer freiwilligen Übertragung wie beim Kauf. Kommt es beispielsweise zur Pfandreife oder zu einer Zwangsvoll-

41 Protokolle, V, 839; *BGH NJW* 1989, 1558; *M. Wolf*, LM § 2042 BGB Nr. 7. A. A. *Eberl-Borges*, (Fn. 11), S. 276.

42 *BGH NJW* 1966, 2207; *NJW* 1969, 92; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rz. 6; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 16; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2034, Rz. 6; *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rz. 2; *Schlüter*, in: *Erman*, (Fn. 33), § 2034, Rz. 2; *Johannsen*, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts*, in: *WM* 1970, 738 (746); *Ann.*, (Anm.10), S. 230.

43 *Sievekink*, *Problemfälle aus der Prozeßpraxis. Die Bindung an den PKH-Beschluß im Festsetzungsverfahren*, MDR 1989, S. 225; *Ann.*, (Fn. 10), S. 218 f.

44 Ähnlich § 470 BGB.

45 Dazu *Knüferrmann*, *Das Miterbenvorkaufsrecht*, 1970, S. 27 ff.; *Ann.*, (Fn. 10), S. 240.

46 *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2034, Rn. 2; *Palandt/Edenhofer*, (Fn. 11), § 2034, Rn. 7; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; *Ann.*, in: *AnwKomm-BGB*, 2004, § 2034, Rn 7; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 42 III 2 a).

47 A. A. *Ann.*, (Fn. 10), S. 239; einschränkender *Diedenhofen*, *Das Vorkaufsrecht der Miterben*, 1992, S. 58; *Brox*, *Erbrecht*, 18. Aufl. 2000, Rn. 459 wenn die Lieferung der Tauschsache den Miterben möglich ist.

48 *BGH NJW* 1977, 37 (38) = *JR* 1977, 282 m. Anm. Schubert; *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2034, Rn. 4; *Ann.*, (Fn. 10), S. 242.



streckung in den Nachlassanteil, ist ein Vorkaufsrecht nicht gegeben. Das Berufen auf § 2034 BGB scheitert daran, dass bei der Verpfändung keine endgültige Übertragung gewollt ist. Ein Verkauf findet nicht statt. Daher ist kein Vorkaufsrecht bei der Sicherungsübereignung<sup>49</sup> gegeben. Die Sicherungsübereignung eines Erbteils kann ein Vorkaufsrecht der Miterben aber auslösen, wenn klar ist, dass die gesicherte Forderung nicht mehr zurückgewährt werden kann. Sie ist praktisch ausgeschlossen.<sup>50</sup>

Anders verhält es sich bei der Leistung an Erfüllungs Statt, da es sich faktisch um einen Erbteilsverkauf handelt.<sup>51</sup> Das Übertragen des Erbteils ist die Gegenleistung. Bedeutsam ist dabei, wie der Hauptvertrag, für den der Miterbe und Schuldner nunmehr als Leistung seinen Erbanteil erbringt, ausgestaltet ist.

Problematischer ist die gemischte Schenkung.<sup>52</sup> Sie umfasst ebenfalls Übergabeverträge, wenn sie eine künftige Erbfolge vorwegnehmen.<sup>53</sup> Die neuere Forschung<sup>54</sup> vertritt hinsichtlich der Einordnung einer gemischten Schenkung die Zweckwürdigkeitstheorie. Sie unterscheidet nach dem Vertragszweck und dem Überwiegen von Unentgeltlichkeit oder Entgeltlichkeit, welche Regelungen (Kauf oder Schenkung) Vorrang haben. Übertragen auf den Fall der Erbanteilsübertragung ergibt sich daraus, dass das Vorkaufsrecht der Miterben ausgelöst wird, wenn der entgeltliche Teil überwiegt.

Nach einer anderen Ansicht<sup>55</sup> soll, wenn der unentgeltliche Teil nur eine Nebenabrede eines ansonsten quantifizierbaren entgeltlichen Teils ist, ein Ausgleich analog § 466 BGB stattfinden. Der Vorkaufsberechtigte führt in diesen Fällen einen Ausgleich für den unentgeltlichen Nebenzweck.

49 Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 2; Palandt/Edenhofer, (Fn. 9), § 2034, Rn. 7; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Ann, in: AnwKomm-BGB, (Fn. 46), § 2034, Rn. 7; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 42 III 2 a).

50 BGHZ 25, 174 (179 ff.) = LM § 2035 Nr. 2 m. Anm. Johannsen; Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Palandt/Edenhofer, (Fn. 11), § 2034, Rz. 2. A. A. Ann, (Fn. 10), S. 241 f.

51 BGH LM § 2034 Nr. 10; Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 11, Staudinger/Werner, (Fn. 3), § 2034, Rn. 5; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 44 III 2 a). Nach dieser Meinung soll das Vorkaufsrecht bei einer Leistung an Erfüllungs Statt für eine Geldschuld angewendet werden. Weitergehender Ann, (Fn. 10), S. 240, der auf den Grundvertrag sowie auf die Ersetzbarkeit der Leistung abstellt, und nicht nur, wenn eine Forderung auf Geld festgelegt war.

52 BGH LM § 2034 Nr. 8; Dütz, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 11), § 2034, Rn. 7; Schlüter, in: Erman, (Fn. 33), § 2034, Rn. 2; Lohmann, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2034, Rn. 2; Lange/Kuchinke, (Fn. 3), § 44 III 2 a); a. A. Ann, (Fn. 10), S. 241 f.

53 BGHZ 107, 159 = NJW 1989, 2122; BGH NJW 1995, 1350.

54 Kollbosser, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 516, Rn. 29 ff.; Mühl/Teichmann, in: Soergel, 12. Aufl. 1998, § 516, Rn. 23; Seiler, in: Erman, (Fn. 33), § 516, Rn. 16; Gebrlein, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 516, Rn. 13; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, 2, 13. Aufl. 1994, § 63 III 1; Medicus, Besonderes Schuldrecht, Rn. 380 f.

55 Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 138; Ann, (Fn. 10), 241; Ann, in: AnwKomm-BGB, (Fn. 46), § 2034, Rn. 7.

Die Zweckwürdigkeitstheorie kommt dem Normzweck des § 2034 BGB, ein Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft möglichst zu verhindern, näher. Sie beschränkt den Sinn der Norm nicht formalistisch. Zudem sind bei ihr keine großen Wert- und Ausgleichsberechnungen notwendig. Eine Feststellung des Erbteilwertes ist nur schwer möglich, da der Nachlass oftmals durch Verbindlichkeiten und Ausgleichspflichten belastet wird.<sup>56</sup> Die Festlegung einer Ausgleichssumme ist ungleich schwieriger als die bloße Feststellung, ob ein entgeltlicher Teil den unentgeltlichen Teil überwiegt. Es kommt darauf an, wie das Verpflichtungsgeschäft ausgestaltet ist. Die §§ 2034 f. BGB sind nicht nur auf den eigentlichen Erbteilskaufvertrag anwendbar, sondern auf Verträge mit einem vergleichbaren Erfolg einer freiwilligen, dauerhaften Übertragung, verbunden mit einem überwiegenden Teil einer Gegenleistung.

## 2. Vorkaufsrecht

Für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist das dingliche Verfügungsgeschäft von Bedeutung. Die Miterben oder die, die nicht darauf verzichtet haben, müssen das Vorkaufsrecht gegenüber dem Veräußerer vor Übertragung geltend machen, § 464 I 1 BGB. Gegenüber dem Dritten kann es erst nach der Übertragung ausgeübt werden. Das ergibt sich aus dem spezielleren § 2035 BGB. Ausreichend ist die Mitteilung vom Abschluss des Kaufvertrags, so § 469 BGB und nicht erst die von der Übertragung, § 2034 II BGB.<sup>57</sup> Ab diesem Zeitpunkt haben die Vorkaufsberechtigten nach dem Gesetz zwei Monate Zeit, das Vorkaufsrecht auszuüben. Da die §§ 2034, 2035 BGB ein Eindringen Dritter in eine Erbengemeinschaft möglichst unterbinden wollen, erfolgt eine formlose Benachrichtigung des Verkaufs an jeden Miterben. Liegt zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Übertragung ein längerer Zeitraum, so soll ein gegenüber dem Veräußerer rechtzeitig ausgeübtes Vorkaufsrecht auch gegenüber dem Käufer analog § 2035 BGB wirken.<sup>58</sup> Ansonsten könnten die Vertragsparteien mit der dinglichen Übertragung die 2-Monatsfrist umgehen. Diese Regelungslücke war vom Gesetzgeber<sup>59</sup> nicht beabsichtigt. Aufgrund von § 2035 BGB wollte der Gesetzgeber nach der dinglichen Übertragung auf den Käufer die Erbengemeinschaft vor einem Eindringen Dritter schützen. Das ergibt sich aus § 2037 BGB. Die analoge Anwendung des § 2035 BGB ist sinnvoll: Die zuvor aufgezeigte Regelungslücke wird ausgefüllt. Nach einer späteren dinglichen Übertragung ist im Fall der Geltendmachung des Vorkaufsrechts der Käufer Anspruchsgegner. Er kann sich dagegen schützen, indem er bei dem Verkäufer oder dem Notar nachfragt, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist, wenn die dingliche Übertragung noch nicht stattgefunden hat. § 469 I 1 BGB legt eine Mitteilungspflicht fest.<sup>60</sup>

56 Ähnlich auch *Amn*, in: *AnwKomm-BGB*, (Fn. 46), § 2033, Rn. 31.

57 *BGHZ* 23, 348; *BGH WM* 1979, 1067; *BGH DNotZ* 2002, 301.

58 *BGH DNotZ* 2002, 301; *OLG Schleswig*, *NJW-RR* 1992, 1160; *Dütz*, in: *MünchKomm-BGB*, (Fn. 9), § 2035, Rn. 7; *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2035 Rn. 3; a. A. *Staudinger/Werner*, (Fn. 3), § 2037, Rn. 4.

59 Prot. V, 580.

60 So auch *BGH DNotZ* 2002, 297 (301 f.).

## IV. Sicherungsprobleme

### 1. Allgemeines

Bei einem Erbteilskauf besteht die Möglichkeit, dass das Recht schon übertragen ist, der Kaufpreis jedoch nicht gezahlt wird. Beispielsweise wird der Käufer insolvent oder verfügt dinglich über den Anteil. Dasselbe kann dem Käufer passieren, wenn der Verkäufer noch vor der Übertragung seinen Anteil verpfändet oder einem anderen Dritten veräußert. Der Erbteilsveräußerer steht oftmals vor dem Problem, dass der Käufer den vereinbarten Kaufpreis beim notariellen Beurkundungstermin nicht leisten kann oder will. Dagegen sollten sich die Vertragsparteien weitestgehend absichern.

### 2. Sicherung des Erbteilsveräußerers

#### a) Sicherung unter der *aufschiebenden* Bedingung einer Kaufpreiszahlung

Als Sicherungsmittel des Verkäufers empfiehlt sich die Übertragung des Erbteils unter einer aufschiebenden Bedingung<sup>61</sup> der vollständigen Kaufpreiszahlung.

In dem notariell zu beurkundenden Vertrag über die Erbteilsveräußerung kann, wie oben schon dargelegt, das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zusammen in eine Urkunde aufgenommen werden. Die dingliche Übertragung erfolgt unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung, dem Bedingungseintritt, § 158 I BGB. Dem steht § 925 II BGB nicht entgegen, selbst wenn sich im Nachlass nur Immobilien befinden. Beim Erbteilskauf wird ein Recht an einem Teil des Nachlasses veräußert, nicht aber der Anteil an einem bestimmten Gegenstand. In den Fällen, in denen der Nachlass nur aus Immobilien besteht, wird die Erbteilsveräußerung zunächst unter der Verfügungsbeschränkung (§ 161 BGB) der Kaufpreiszahlung ins Grundbuch eingetragen.<sup>62</sup> Dadurch erhält der Verkäufer eine Sicherung der Gegenleistung. Problematisch ist beim Eintreten des Bedingungsfalles die offensichtliche Unrichtigkeit des Grundbuchs. Es bedarf des Nachweises, dass die Bedingung, beispielsweise die vollständige Kaufpreiszahlung, eingetreten ist. Der Nachweis muss in einer öffentlich beglaubigten Urkunde oder einer öffentlichen Form erfolgen, § 29 Abs. 1 GBO.<sup>63</sup> Die Vorlage der Ausfertigung oder der Abschrift der Erbteilsübertragung reicht keinesfalls aus. Es handelt sich nicht um öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden. Die Vertragsparteien können die Schwierigkeiten umgehen: 1. Der Bedingungseintritt erfolgt mit der Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift der Erbteilsübertragung für den Grundbuchberichtigungsantrag. Der Käufer erhält mit Nachweis der vollständigen Kaufpreiszahlung die Ausfertigung.<sup>64</sup>

61 *Bengel/Reimann*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, Rn. 240; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

62 LG Nürnberg-Fürth, *MittBayNotV* 1982, 21; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

63 *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 240; *Keim*, (Fn. 5), S. 384.

64 *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 240.

2. Bei vollständiger Zahlung des Preises bewilligt der Verkäufer die Berichtigung nach § 19 GBO. Die Parteien nehmen die Verpflichtung zur Abgabe der Bewilligung in den Vertrag auf. Durch eine solche Bewilligung nach § 19 GBO bedarf es keines Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs.<sup>65</sup> Die Eintragung des wahren Berechtigten, hier des Erbteilkäufers, kann erfolgen. Wird einer solchen Bewilligung nicht zugestimmt, ist der Käufer dahingehend gesichert, dass die Berichtigungsbewilligung durch ein Urteil ersetzt werden kann. Der Erbteilsveräußerer wird zur Abgabe der formellrechtlichen oder materiellrechtlichen Grundbuchberichtigungserklärung nach § 894 BGB verurteilt. Die rechtskräftige Verurteilung ersetzt die Willenserklärung, § 894 I 1 ZPO.<sup>66</sup> Sie steht in einer Abhängigkeit von der Gegenleistung der Kaufpreiszahlung. Stimmt der Verkäufer freiwillig nicht zu, so tritt die Fiktionswirkung des § 894 I 1 ZPO erst ein, wenn der Käufer als Gläubiger seine Leistung erbracht hat. Zudem muss er dies in einem nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel nachweisen, § 894 I 1 ZPO i. V. mit § 726 II ZPO. Die Vorleistung kann der Käufer hinnehmen, da durch den Titel die Wirkung des § 894 I 1 ZPO eintritt.<sup>67</sup> Die Grundbuchberichtigung kann der Käufer auch nicht einfacher über § 22 GBO herbeiführen. Das ansonsten eingeschränkte Rechtsschutzbedürfnis ist daher gegeben.<sup>68</sup>

Die aufschiebende Bedingung, die gemäß § 159 BGB ohne Rückwirkung ist, lässt das Rechtsgeschäft erst bei der vollständigen Kaufpreiszahlung wirksam werden. Der veräußernde Miterbe ist abgesichert, weil das Recht an dem Erbteil erst mit dem Bedingungseintritt auf den Käufer übergeht. Auch ergeben sich aufgrund der Herausgabepflicht des Verkäufers nach § 2374 BGB keine Nachteile durch eine Verzögerung des Eintritts in die Erbengemeinschaft.

Derartige Vereinbarungen sind für beide Parteien interessengerecht. Sie sind hinsichtlich ihrer gegenseitigen Ansprüche abgesichert

#### b) Verfügungen während des Schwebezustands

Sichern sich die Parteien hinsichtlich ihrer Leistungen mit einer aufschiebenden Bedingung ab, bleibt das Problem offen, wie sich Verfügungen während der Schwebezeit bis zum Bedingungseintritt auswirken. Der bedingt Berechtigte, in diesem Fall der Käufer, ist jedoch durch § 161 I 1 BGB geschützt. Verfügungen während der Schwebezeit sind unwirksam, wenn sie den Bedingungseintritt vereiteln würden.

Die daraus resultierende Verfügungsbeschränkung ist mit § 137 BGB konform.<sup>69</sup> Zu-

65 *Kobler*, in: Bauer/von Oefele, (Fn. 39), § 22, Rn. 7 ff.; *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 8.

66 *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 894, Rn. 12 f.

67 *Ebd.*, Rn. 18.

68 *Kössinger*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 894, Rn. 9, 20, 25.

69 *BGHZ* 134, 182 (186); *Staudinger/Kobler*, 14. Bearb. 2003, § 137, Rn. 23; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2004, § 137, Rn. 4; *Wendland*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 137, Rn. 8; *Timm*, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote, *JZ* 1989, S. 13 (18 f.). Ähnlich für einen bedingten Auflassungsanspruch *BayObLG DNotZ* 1989, 373 (375).

dem impliziert dies keine Umgehung des § 137 BGB.<sup>70</sup> Der Verkäufer bleibt der Berechtigte. Er hat die Verfügungsgewalt.<sup>71</sup> Veräußert der Verkäufer während der Schwebezeit dennoch den Erbteil erneut und tritt die Bedingung ein, so hat der Dritte gegen ihn nur einen Schadensersatzanspruch nach §§ 280 I 1, 280 III, 283 BGB. Das Rechtsgeschäft, durch das der Dritte den Erbteil erwirbt, bleibt vom Abschluss bis zum Bedingungseintritt wirksam. Der Dritte könnte seinerseits den Erbteil weiterveräußern. Nach einer Ansicht im Schrifttum<sup>72</sup> sind die Geschäfte aus der Schwebezeit für diesen Zeitraum auch nach Bedingungseintritt weiterhin wirksam. Im Gegensatz zu § 182 BGB<sup>73</sup> erfolgt bei den Geschäften, die unter einer Bedingung abgeschlossen werden, keine Rückwirkung.<sup>74</sup> Ein Gutgläubenserwerb nach § 161 III BGB ist bei Forderungen und Rechten nach § 413 BGB nicht möglich.<sup>75</sup> Bei dem Erbteil handelt es sich um ein Recht, das unter § 413 BGB und nicht unter § 892 I BGB fällt.<sup>76</sup> Gleiches gilt, wenn zum Erbteil ein Grundstück gehört.<sup>77</sup> Ein gutgläubiger Erwerb ist nur an einzelnen Sachen möglich, wenn ein Miterbe über Nachlassgegenstände verfügt. In diesen Fällen greift aber § 935 BGB aufgrund des Mitbesitzes aller Erben ein.

Damit Berechtigte den Erbanteil während des Schwebezustands nicht an einen Dritten veräußern und übereignen, sollten die Parteien die Verfügungsbeschränkung durch eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung sichern, § 938 II ZPO.<sup>78</sup> Sie verhindert eine beeinträchtigende oder vereitelnde Verfügung seitens des Verkäufers im Schwebezustand.

70 BGHZ 40, 115 (117); *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 69), § 137, Rn. 15.

71 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, 4. Aufl. 1992, § 39, 3 b; *Larenz/Wolf*, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1997, § 50, Rn. 65; *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, 1998, S. 172.

72 *Berger*, (Fn. 71), S. 172. Für eine anfängliche Unwirksamkeit der *Zwischenverfügung* (nicht jedoch im Hinblick auf die Wirksamkeit der von der Bedingung abhängig gemachten Verfügung) *M. Wolf*, in: *Soergel*, BGB, 12. Aufl. 1987, § 161, Rn. 1.

73 *Finkenauer*, in: HKK, 2003, §§ 158–163, Rn. 5 ff.

74 *M. Wolf*, in: *Soergel*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 161, Rn. 1; *Flume*, (Fn. 71), § 40 2 a); *Larenz/Wolf*, (Fn. 71), § 50, Rn. 48; a. A. *Brox*, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984, S. 657 (658); *Eichenhofer*, Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehalts Eigentum –, AcP 185 (1985), S. 162 (192 ff.); *Kohler*, Vormerkbarkeit eines durch abredewidrige Veräußerung bedingten Rückerwerbsanspruchs, DNotZ 1989, S. 339 (344).

75 *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 74), § 161, Rn. 11; *H. P. Westermann*, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. 2001, Rn. 20; *Rövekamp*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 161, Rn. 13.

76 KG KGJ 1940, 167; *Rohe*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3), § 413, Rn. 5.

77 *M. Wolf*, in: *Soergel*, (Fn. 2), § 2033, Rn. 25.

78 BGHZ 134, 182 (187) = LM § 883, Nr. 24 m. Anm. *Stürner/Bruns*; *Flume*, (Fn. 71), § 39 3. c); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 20, Rn. 68; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 69), § 137, Rn. 15. A. A. *Staudinger/Kohler*, (Fn. 69), § 137, Rn. 39.

c) Sicherung unter der *auflösenden* Bedingung eines Zahlungsverzugs

Die Parteien können den Erbteilskauf ebenfalls mit einer auflösenden Bedingung sichern.<sup>79</sup> Der Fortbestand des Vertrages hängt von dem Eintritt des zukünftigen Ereignisses ab. Der Verkäufer ist vor Verfügungen des Käufers in der Schwebezeit nach § 161 II i. V. mit 161 I 1 BGB gesichert. Auch ein gutgläubiger Zwischenerwerb scheidet aus, da § 161 III BGB keine Wirkung entfaltet. Er schränkt die Sicherung nicht ein. Verfügt der Erbteilkäufer, was er nur zusammen mit den Miterben kann, während der Schwebezeit über bestimmte Gegenstände des Nachlasses, dann ist der gutgläubige Erwerber nach § 161 III BGB geschützt. Diese Folge können die Parteien verhindern, indem sie bei der Übertragung eine Verfügungsbeschränkung eintragen lassen.<sup>80</sup> Tritt die Bedingung ein, so sind die Leistungen vom Verkäufer mit dem Kondiktionsanspruch (§ 812 I 2, 2. Alt. BGB) herauszuverlangen.<sup>81</sup>

Der Vorteil der Sicherung mittels einer auflösenden Bedingung liegt darin, dass die Parteien das Verpflichtungsgeschäft und die dingliche Übertragung zusammen vornehmen können.

d) Zusammenfassung

Je nach Fallgestaltung sollten die Parteien den Erbteilskauf unter eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung stellen, die sie mit einer einstweiligen Verfügung absichern. Der Verfügungsgrund ist die Vereitelung oder Beeinträchtigung der Verpflichtung zur Verfügung über den Erbteil. Der Verfügungsanspruch ergibt sich bei einem Vertrag unter einer auflösenden Bedingung für den Verkäufer aus § 812 I 1, 1. Alt. BGB und bei einem Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung aus §§ 433 II BGB. Damit ist eine dingliche Wirkung wie bei §§ 135, 136 BGB<sup>82</sup> verknüpft.

79 Muster, in: Münchener Vertragshandbuch/*Nieder*, BGB, IV/2, Formular XX § 8. Vgl. *Staudenmeyer*, Die Vorbereitung auf die Prüfung der öffentlichen Notare, BWNNotZ 1959, S. 151 f.; *N. Mayer*, Sicherungsprobleme beim Erbteilskauf, ZEV 1997, S. 105 f.; *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 241; *J. Mayer*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 2371, Rn. 6.

80 *Staudenmeyer*, (Fn. 79), S. 191; *Bengel/Reimann*, (Fn. 61), Rn. 241; *Keim*, (Fn. 5), S. 384.

81 *BGH* MDR 1959, 658 (658 f.); *H. P. Westermann*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 75), § 159, Rn. 3; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 74), § 159, Rn. 2. A. A. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 2002, Rn. 840. Nach seiner Ansicht wandelt sich das Rechtsgeschäft nach Bedingungseintritt in ein Rückgewährschuldverhältnis um. So auch *Palandt/Heinrichs*, (Fn. 11), § 159, Rn. 1; *Rövekamp*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 159, Rn. 7.

82 *BGH* LM Nr. 2 zu § 137 BGB; *BGHZ* 134, 182 (187); *BayObLG* NJW 1978, 700 (701); *Musielak*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 9), § 2286, Rn. 12; *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2286, Rn. 5; *Mayer-Maly/Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, (Fn. 69), § 137, Rn. 31. A. A. *Staudinger/Kobler*, (Fn. 69), § 137, Rn. 39; *Dorn*, in: HKK, (Fn. 73), § 137, Rn. 53; *Kobler*, (Fn. 74), S. 342; *Berger*, (Fn. 71), S. 123.

### 3. Sicherung des Käufers

Der Käufer muss damit rechnen, dass der Erbteilsveräußerer erneut über den Erbteil verfügt. Er wäre auf Kondiktionsansprüche angewiesen. Daher bedarf es auch von seiner Seite einer Sicherung gegenüber dem Verkäufer.

Der Käufer kann sich durch eine Bedingung nach §§ 160 ff. BGB absichern. Wird das Eintreten der Bedingung seitens des Verkäufers verhindert, so gilt sie als eingetreten.

Durch die Festlegungen von § 161 I 1 und 2 BGB sind seitens des Veräußerers und Miterben Verpfändungen oder Übereignungen an Dritte faktisch nur noch bedingt möglich. Gleiches gilt für eine Zwangsvollstreckung in den Erbanteil des Veräußerers bei einer auflösenden Bedingung nach § 161 I und I BGB und bei der aufschiebenden Bedingung nach § 161 II BGB. Daraus resultiert ein weitgehender Schutz des bedingt berechtigten Erwerbers.

Demnach ist es für den Erbteilkäufer rechtlich vorteilhaft, dass er den Vertrag durch eine auflösende oder aufschiebende Bedingung sichert. Eine einstweilige Verfügung auf Erlass eines Verfügungsverbots schützt den Käufer vor Beeinträchtigungen seines Rechts. Zu empfehlen wären noch Verzichtserklärungen der Miterben auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts.

### 4. Sicherung der Miterben

#### a) Erwirken eines Veräußerungsverbots

In dem *BGH DNotZ* 2002, 297 ff. zugrunde liegenden Fall wurde nach Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Veräußerer der Erbteil nach Verstreichen der 2-Monats-Frist dinglich übertragen. Neben dem Erbteilsveräußerer und dem Käufer bedürfen die Miterben einer Sicherung. Die vorkaufsberechtigten Miterben können ihren schuldrechtlichen Anspruch nicht durch eine Vormerkung absichern,<sup>83</sup> auch wenn der Nachlass nur aus Immobilien besteht. Sie haben keine Möglichkeit, dass ein Vorkaufsrecht nach den §§ 1094 ff. BGB eingetragen wird.<sup>84</sup> Ein Antrag auf Verwahrung und Hinterlegung bei beweglichen Sachen<sup>85</sup> ist nicht statthaft. Da der Miterbe nur einen ideellen Teil und nicht bestimmte Nachlassgegenstände veräußert, fällt die Verwahrung oder Hinterlegung als Sicherungsmittel weg.

Es besteht die Möglichkeit, dass die Miterben im Rahmen eines Antrags auf eine einstweilige Verfügung ein vorläufiges Veräußerungsverbot des Erbteils durchsetzen, § 938 II ZPO.<sup>86</sup> Das Gesetz lässt die Möglichkeit zu. Das ergibt sich aus dem „auch“

83 *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 12.

84 *LG München II*, *MittBayNotV* 1986, 179; *J. Mayer*, in: *Bamberger/Roth*, (Fn. 3) vor § 2371, Rn. 4.

85 Ansonsten bei beweglichen Sachen die rechtlich vorteilhaftere Maßnahme, siehe nur *Heinze*, in: *MünchKomm-ZPO*, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: *Stein/Jonas*, *ZPO*, 22. Aufl. 2002, § 938, Rn. 25.

86 *M. Wolf*, in: Soergel, (Fn. 2), § 2034, Rn. 12.

und dem „sowie“. Die Norm führt Beispiele für eine einstweilige Verfügung auf. Sie sind nicht enumerativ.

Ein Veräußerungsverbot aufgrund einer einstweiligen Verfügung ist im Rahmen des Erbteilsverkaufs ein praktikabler Weg zur Sicherung. Die an sich damit verbundenen Nachteile<sup>87</sup>, wie beispielsweise der Gutgläubenserwerb nach § 135 BGB, sind beim Erbteilskauf gering. Wie oben dargestellt, gibt es beim Erbteilskauf keinen Gutgläubenserwerb.<sup>88</sup>

Fallen das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft und das dingliche Übertragungsgeschäft bei der Erbteilsveräußerung auseinander, wie bei *BGH DNotZ* 2002, 297 ff., ist ein Antrag auf Erlass eines Veräußerungsverbots mittels einer Sicherungsverfügung<sup>89</sup> gegen den veräußernden Miterben sinnvoll.<sup>90</sup>

Zur Sicherung des Anspruchs aus dem geltend gemachten Vorkaufsrecht ist gegenüber dem Käufer auch ein Erwerbsverbot möglich. Ein solches Erwerbsverbot<sup>91</sup> ist mittels einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar. Das Grundbuchamt muss die einstweilige Verfügung als Eintragungshindernis berücksichtigen. Das Erwerbsverbot entfaltet nur gegenüber dem Schuldner Wirkung. Daraufhin kann keine Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Dem Käufer wird untersagt, beim Grundbuchamt einen Antrag auf Eintragung des Erbteilerwerbs zu stellen. Der Fall ist von Relevanz,<sup>92</sup> wenn die Miterben, die das Vorkaufsrecht geltend machen, in das schuldrechtliche Grundgeschäft eintreten wollen. Dadurch wird ein Rechtserwerb verhindert.

Der Verfügungsgrund<sup>93</sup> liegt darin, dass die Verwirklichung des Anspruchs auf Übertragung des verkauften Miterbenanteils zu den Bedingungen des Erbteilskauf-

87 *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 25.

88 *Kobler*, Das Verfügungsverbot gemäß § 938 Abs. 2 ZPO im Liegenschaftsrecht, 1984, S. 24 ff.; *Huber*, in: Musielak, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 938, Rn. 8; *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, (Fn. 26), Rn. 26.

89 Zu den Systematisierungen und Unterteilungen der einstweiligen Verfügung seit *Jauernig*, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZZ 79 (1966), S. 321, 323 ff.; vgl. nur *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 304 ff.; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 76 II; a. A. *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 10.

90 Zweckentsprechend nur, wenn beispielsweise bei Grundstücken keine Vormerkung möglich ist: RGZ 67, 39 (42); *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 30; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 25.

91 RGZ 117, 287 (290); 120, 118 (119 f.); *BayObLG* Rpfleger 1982, 14; 1997, 304 = MDR 1997, 595; *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 32; *Grunsky*, in: Stein/Jonas, (Fn. 85), § 938, Rn. 26; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl. 2003, § 938, Rn. 8; *Habscheid*, Richterliches Erwerbsverbot und Grundbuchrecht, Fs. Schiedermaier, 1976, S. 245 (247 f.); *Foerste*, Grenzen der Durchsetzung von Verfügungsbeschränkung und Erwerbsverbot im Grundstücksrecht, 1986.

92 *Heinze*, in: MünchKomm-ZPO, (Fn. 26), § 938, Rn. 33 zur Anwendung bei der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Geschäfts.

93 *Habscheid*, (Fn. 91), 252.



vertrags vereitelt oder erschwert wird. Die Vorkaufsberechtigten müssen dies glaubhaft machen. Der dingliche Erwerb des Erbteils ist nicht möglich. Der Verfügungsanspruch gegen den Käufer ergibt sich aus der Ausübung des Vorkaufsrechts als Folge von §§ 463, 464 BGB. Die Übertragung des Erbanteils erfolgt Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises.

Auf diese Weise können die Miterben gegen den Erbteilkäufer vorgehen, um eine mögliche Weiterveräußerung an einen Dritten zu verhindern. Voraussetzung ist jedoch, dass die dingliche Übertragung schon stattgefunden hat.

#### b) Geltendmachung des Vorkaufsrechts

Wird ein Kaufvertrag über ein Erbteil unter einer Bedingung abgeschlossen, so können die Miterben schon zu diesem Zeitpunkt ihr Vorkaufsrecht geltend machen.<sup>94</sup> Die Gegenmeinung stellt auf den Bedingungseintritt ab.<sup>95</sup> Diese Ansicht widerspricht einerseits dem Wortlaut, andererseits dem Sinn und Zweck der § 463 BGB und § 2034 I BGB. Nach beiden Normen können Vorkaufsberechtigte von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, wenn ein Kaufvertrag vorliegt. Von einer Einschränkung, falls der Kaufvertrag unter einer Bedingung steht, ist nicht die Rede. Das widerspricht dem Sinn des Vorkaufsrechts. Die Berechtigten sollen so früh als möglich ihr Vorkaufsrecht geltend machen können. Auf diese Weise können sie missliebige Folgen wie eine Übertragung des Erbteils nach Bedingungseintritt verhindern.

Üben die Miterben in der Schwebezeit das Vorkaufsrecht aus, kommt es zwischen den vorkaufsberechtigten Miterben und dem Verpflichtetem nur zu einem aufschiebend bedingten Vertrag.

#### c) Drittwirkung des Vorkaufsrechts

##### aa) Auslegung von § 2035 I 1 BGB

Der historische Gesetzgeber war der Ansicht, dass das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim Erbschafts- und Erbteilskauf meistens zusammenfallen.<sup>96</sup> Daher regelt er in § 2035 I 1 BGB nur den Fall, dass der Erbteil schon dem Käufer, dem Dritten, übertragen worden war. Zur Übertragung des Erbanteils ist der Miterbe, wie zuvor dargestellt, berechtigt, § 2033 I BGB. Nicht geregelt wird der Fall, dass zwischen dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft das Vorkaufsrecht gegenüber dem Verkäufer ausgeübt wird und es trotzdem zur Übertragung des Erbteils kommt. Eine zusätzliche Problematik ist dahingehend gegeben, auf welchen Zeitpunkt bei der Zwei-Monatsfrist zur Ausübung des Vorkaufsrechts abzustellen ist. Im Schrifttum<sup>97</sup> findet sich die Ansicht, es handele es sich um eine Regelungslücke. Ansonsten

94 Mot. II, 346; *BGHZ* 139, 31 (33); *BGH NJW* 1998, 2352; *BGH DNotZ* 2002, 297 (300 f.); Staudinger/*Mader*, 13. Bearb. 1995, § 504, Rn. 29; *Faust*, in: Bamberger/Roth, (Fn. 3), § 463, Rn. 2; Palandt/*Putzo*, (Fn. 11), § 463, Rn. 5.

95 *Grunewald*, in: Erman, 11. Aufl. 2004, § 504, Rn. 13.

96 Prot. V, 840.

97 *Klinke*, Das Vorkaufsrecht der Miterben 1995, S. 136 ff. m. w. N.; *Lange/Kuchinke*, (Fn. 3), § 42 III 3 c.

könnten die §§ 2034 ff. BGB, die ein Eindringen Dritter in eine Erbengemeinschaft einschränken, umgangen werden.

bb) Die Entscheidung in *BGH DNotZ* 2002, 297 ff.

Der *BGH* stellt in seinem Urteil zunächst darauf ab, gegenüber wem die Miterben ihr Vorkaufsrecht geltend machen können. Bis zur Übertragung des Erbteils geschieht dies gegenüber dem Verkäufer, § 464 I 1 BGB. Ab der Übertragung muss das Vorkaufsrecht der Miterben nach der spezielleren Vorschrift gegenüber dem Käufer ausgeübt werden, § 2035 I BGB. Wie der *BGH* zu Recht ausführt, wollte der Gesetzgeber die vorkaufsberechtigten Miterben auch für den Fall der Übertragung des Erbteils auf den Käufer schützen. Das entspricht dem Sinn und Zweck des § 2034 BGB. Die Vertragsparteien sollen das Vorkaufsrecht der Miterben nicht umgehen.<sup>98</sup> § 2035 I 1 BGB legt eine Drittwirkung des Vorkaufsrechts der Miterben fest, jedoch nur für den Fall, dass der Erbanteil schon übertragen ist. Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist auch gegenüber dem Käufer und weiteren Erwerbern nach §§ 2035 I 1, 2037 BGB möglich. Aufgrund dieser gesetzlichen Vorgabe soll die Rechtsfolge, die sich aus dem gegenüber dem Verkäufer geltend gemachten Vorkaufsrecht ergibt, erst recht gegen den Käufer richten. Die Rechtsfolge der Rückübertragung des Erbteils ergibt sich aus der Ausübung des Vorkaufsrechts.

Wichtig ist an dem Urteil weiterhin die Klarstellung, dass die Zwei-Monatsfrist keine zeitliche Begrenzung der Rechtsstellung der Miterben bedeutet, wenn sie innerhalb dieser Frist ihr Vorkaufsrecht geltend gemacht haben. Üben die Miterben ihr Vorkaufsrecht bei einem Kaufvertrag aus, ist es dafür verbraucht. Es kann nicht mehr bei einer später erfolgten Übertragung erneut verwandt werden.<sup>99</sup> Das Vorkaufsrecht wirkt gegenüber dem Käufer. Es verpflichtet ihn, falls er den Erbteil übertragen erhalten hat, zur Rückübertragung an die Miterben. Die Miterben müssen ihr Vorkaufsrecht nach der Mitteilung des Vertragsabschlusses gegenüber dem Verkäufer innerhalb von zwei Monaten ausüben. Der Dritte kann sich nach einer später vollzogenen dinglichen Übertragung nicht darauf berufen, dass die Miterben nicht rechtzeitig ihr Vorkaufsrecht gegenüber ihm ausgeübt hätten.

cc) Ergebnis

Der *BGH* hat hier folgerichtig die planwidrige Regelungslücke des § 2035 I 1 BGB durch eine Analogiebildung beseitigt. Sie wird dem Sinn und Zweck der Norm gerecht, eine Erbengemeinschaft vor dem Eindringen Dritter zu schützen. Ein gegenüber dem Verkäufer geltend gemachtes Vorkaufsrecht wirkt demnach auch auf das möglicherweise zeitlich spätere Verfügungsgeschäft, die Eintragung, durch. Der Käufer wird darüber informiert, ob ein Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist oder nach dem Vorliegen der Mitteilungen an die Miterben innerhalb von zwei Monaten erfolgen kann.

<sup>98</sup> *BGH DNotZ* 1971, 744 (746).

<sup>99</sup> A. A. M. Wolf, in: Soergel, (Fn. 2).

Auf diese Weise lassen sich unliebsame Überraschungen vermeiden, wenn dem Käufer die Drittwirkung eines gegenüber dem Verkäufer erklärten Vorkaufsrechts dargelegt wird. Durch die neuere Rechtsprechung und die h. M. im Schrifttum erhält der Notar beim Erbteilskauf eine noch wichtigere Beratungsfunktion. Dem Käufer muss klar sein, dass er sich nach der Ausübung des Vorkaufsrechts im eigenen Interesse erkundigen muss.

## V. Ergebnis

Das Urteil *BGH DNotZ 2002, 297 ff.* ist zu begrüßen. Der *BGH* hat sich für die analoge Anwendung des § 2035 BGB stark gemacht. Diese Analogiebildung stimmt mit dem Sinn und Zweck der Norm, ein Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft zu verhindern, überein. Mit einem Hinauszögern des Verfügungsgeschäfts über die Zwei-Monatsfrist hinaus könnten die Vertragsparteien das Vorkaufsrecht der Miterben umgehen. Ein gegenüber dem Verkäufer geltend gemachtes Vorkaufsrecht greift daher gegenüber dem Käufer durch, wenn der dingliche Erwerb nach der Zwei-Monatsfrist stattfindet. Der Käufer muss auch danach mit dem Verlust des dinglich erworbenen Anteils rechnen.

Neben dieser durch den *BGH* klargestellten Regelung ist bei dem Erbteilskauf immer auf die gegenseitige Sicherung zu achten. Das ist je nach Fallgestaltung mit einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung sinnvoll.