

**letzte Aktualisierung:** 15.5.2023

LG Karlsruhe, Beschl. v. 5.4.2023 – 11 T 268/22

**BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 321**

**Rücktritt wegen verspäteter Kaufpreiszahlung; Vorbescheid des Notars**

1. Im Rahmen einer Beschwerde gegen einen Vorbescheid des Notars nach § 15 Abs. 2 BNotO können nur evidente Rücktrittsgründe für die Vollziehung eines Grundstückskaufvertrags hinderlich sein.
2. Bei einem Rücktritt des Grundstücksverkäufers wegen Schuldnerverzugs des Käufers mit der Kaufpreiszahlung tritt nur im Falle der evidenten Einredefreiheit ein vom Notar zu beachtendes Vollziehungshindernis ein.
3. Die Unsicherheitseinrede aus § 321 BGB ist nicht evident ausgeschlossen, wenn der vorleistungspflichtige Käufer beim Kaufvertragsabschuss zwar weiß, dass die Immobilie bewohnt ist, aber nicht mit einem dauerhaften oder langfristigen Leistungshindernis bezüglich der Verpflichtung des Verkäufers, den ungehinderten Besitz an dem Grundstück zu übertragen, rechnen muss.

## **Gründe**

### I.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die im Vorbescheid vom 18.10.2022 enthaltene Ankündigung des Notars, den Grundstückskaufvertrag vom 30.11.2021 (URNr. .../2021) zu vollziehen.

Die Beschwerdeführerin ist eingetragene Eigentümerin des Grundstücks Flst. Nr. ..., Gemarkung X., Blatt ... des Grundbuchs von Y. Im Hinblick auf dieses Grundstück schloss die Beschwerdeführerin am 30.11.2021 einen Kaufvertrag mit dem Beschwerdegegner zur UR-Nr. .../2021 vor dem Beteiligten zu 3) als Notar. In § 4 wurde ein Kaufpreis i.H.v. 99.000,00 € vereinbart.

Zur Fälligkeit heißt es in § 4:

„Der Kaufpreis ist fällig (Kontogutschrift) innerhalb von vierzehn Tagen – jedoch nicht vor dem 30.04.2022 –, nachdem dem Käufer das Schreiben des Notars zugegangen ist, in dem dieser mitteilt, dass

1. die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist,
2. und dieser Vormerkung lediglich die in § 2 aufgeführten Belastungen, sowie etwaige unter Mitwirkung des Käufers bestellte Grundpfandrechte im Range vorgehen,
3. evtl. erforderliche Genehmigungen und Erklärungen dem Notariat oder dem zuständigen Grundbuchamt vorliegen.“

Zu einem Rücktrittsrecht heißt es in § 4:

„Zahlt der Käufer auch innerhalb von zwei Wochen nach einer entsprechenden Mahnung des Verkäufers nicht, steht dem Verkäufer ohne weitere Fristsetzung ein Rücktrittsrecht von diesem Vertrag zu, das durch eingeschriebenen Brief gegenüber dem Käufer auszuüben ist.“

Zu Nutzungsrechten Dritter heißt es in § 5:

„Der Verkäufer garantiert, dass das Kaufobjekt frei ist von Miet- oder Pachtverträgen Dritter und dass keine Bindung nach dem Wohnungsbindungsgesetz noch nach dem Wohnraumförderungsgesetz besteht.“

Hinsichtlich des Umfangs der Leistungspflicht der Verkäuferin heißt es in § 7:

„Der Verkäufer schuldet den ungehinderten Besitz- und lastenfreien Eigentumsübergang, soweit in dieser Urkunde nichts anderes bestimmt ist. Er haftet allerdings nicht dafür, dass das Kaufobjekt frei ist von öffentlichen oder privaten Lasten, die nicht im Grundbuch vermerkt oder nicht zur Eintragung im Grundbuch geeignet sind. Er erklärt aber, dass er solche Lasten nicht kennt.“

Zur „Auflassung“ heißt es in § 12:

„Die Beteiligten sind über den vereinbarten Eigentumsübergang in dem angegebenen Erwerbsverhältnis einig. Diese Erklärung der Auflösung enthält jedoch ausdrücklich weder die Eintragungsbewilligung noch den Eintragungsantrag. Zu deren Erklärung wird der amtierende Notar, sein amtlicher Vertreter oder Nachfolger durch die Beteiligten unwiderruflich, über den Tod hinaus und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt.“

Der Verkäufer hat dem Käufer das Eigentum Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen. Der Notar wird daher gemäß § 53 BeurkG übereinstimmend angewiesen, die Eigentumsumschreibung gemäß dieser Vollmacht erst zu bewilligen und zu beantragen, wenn ihm der Verkäufer unverzüglich nach Erhalt des Geldes schriftlich bestätigt oder hilfsweise der Käufer durch Bankbestätigung nachgewiesen hat, dass der Kaufpreis (ohne etwaige Zinsen) bezahlt ist. Der Veräußerer verpflichtet sich, den Notar unverzüglich schriftlich von der erfolgten vollständigen Kaufpreiszahlung (unter Angabe der UR-Nr. und der Beteiligten) zu benachrichtigen.“

Im Übrigen wird wegen des weiteren Inhalts des Kaufvertrages auf die vorgelegte Kopie der Notarakte (As. 5 ff.) Bezug genommen.

Am 07.12.2021 erfolgte die Fälligkeitsmitteilung durch den Notar. Spätestens im April 2022 kam es zwischen den Vertragsparteien zu Unstimmigkeiten hinsichtlich der Auszugsverpflichtung des Sohnes der Beschwerdeführerin, der das auf dem streitgegenständlichen Grundstück befindliche Haus bewohnt. Beide Parteien traten beginnend ab Ende April in dieser Hinsicht mit Rechtsfragen an den Notar heran. Hierbei gab die Beschwerdeführerin an, ihr Sohn könne – auch bedingt durch die hohe Zahl von Geflüchteten aus der Ukraine – keine andere Wohnung finden und bewohne daher ohne Mietvertrag das streitgegenständliche Grundstück.

Mit Schreiben vom 30.06.2022 wandte sich die Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner und forderte diesen unter Fristsetzung bis zum 15.07.2022 zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises auf.

Am 20.07.2022 sowie am 21.07.2022 wies der Beschwerdegegner per Email gegenüber seiner Bank die Überweisung des Kaufpreises an, der laut Umsatzausdruck am 21.07.2022 gebucht wurde.

Mit Schreiben vom 22.07.2022 erklärte die Beschwerdeführerin vertreten durch ihren Anwalt gegenüber dem Beschwerdegegner den Rücktritt vom Kaufvertrag.

Die Verkäuferin verwies in einem Schreiben an den Notar vom 12.08.2022 auf den Rücktritt aufgrund der ausgebliebenen Kaufpreiszahlung. Der Notar äußerte in seinem Antwortschreiben an die Verkäuferin vom 19.08.2022 Zweifel an der rechtlichen Wirksamkeit des Rücktritts und forderte die Verkäuferin zur Mitteilung über die Gutschrift des Kaufpreises auf dem Konto der Verkäuferin auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.08.2022 bestätigte die Verkäuferin die Bezahlung des Kaufpreises.

Per anwaltlicher Email vom 29.08.2022 ließ der Käufer den Notar bitten, das für die Eigentumsübertragung Notwendige zu veranlassen.

Per Vorbescheid vom 18.10.2022 hat der Notar angekündigt, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist von einem Monat zu veranlassen.

Hiergegen hat die Beschwerdeführerin am 17.11.2022 Beschwerde eingelegt, der der Notar mit Beschluss vom 28.11.2022 nicht abgeholfen hat.

Die Beschwerdeführerin trägt vor,

der Beschwerdegegner habe ihr gegenüber mehrfach geäußert, dass der Sohn des Beschwerdeführerin zeitnah nicht ausziehen müsse und ein Mietvertrag zwischen dem Sohn und dem Beschwerdegegner abgeschlossen werden sollte, wozu es letztlich aufgrund eines vom Beschwerdegegner zu hoch angesetzten Mietzinses nicht gekommen sei. Die Beschwerdeführerin meint, sie sei wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten, weshalb der Notar die Eigentumsumschreibung nicht veranlassen dürfe. Auf eine etwaige Einrede habe der Beschwerdegegner wenigstens konkludent verzichtet.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

von der zu Gunsten des Käufers aufgrund der erteilten Vollmacht (§ 12 des Vertrages) beabsichtigten Bewilligung und Beantragung der Eigentumsumschreibung an dem Kaufgrundstück Flurstück Nr. ... Gemarkung X., Blatt ... abzusehen.

Der Beschwerdegegner beantragt,

die Beschwerde als unzulässig, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

Im Beschwerdeverfahren wurden die Beteiligten erneut angehört und rechtliche Hinweise erteilt. Die Beschwerdeführerin führte in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 16.03.2023 aus, zum Zeitpunkt der Kaufpreisfälligkeit habe der Käufer weder den Kaufpreis entrichtet gehabt noch sich auf ein Zurückbehaltungsrecht oder die Unsicherheitseinrede berufen. § 321 Abs. 1 BGB setze voraus, dass der Anspruch des Vorleistungspflichtigen aus einem gegenseitigen Vertrag gefährdet sein müsse und diese Gefährdung erst nach Vertragsschluss erkennbar geworden sei. Dass der Sohn der Beschwerdeführerin in deren Haus lebe, sei dem Käufer selbstverständlich vor Abschluss des Kaufvertrags bekannt gewesen. Er habe somit auch das Risiko gekannt und der notarielle Kaufvertrag sei gerade nicht so formuliert, dass die Zahlung des Kaufpreises (auch) von der Räumung des Hauses abhängig sei, was ohne weiteres möglich gewesen wäre.

## II.

Die nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO statthaft und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet, da der Notar die Vollziehung des notariellen Kaufvertrags vom 30.11.2021 gemäß § 53 BeurkG zu Recht ankündigte.

1. Im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nur zu prüfen, ob der Notar pflichtwidrig handelt. Inhalt und Umfang der Amtspflichten des Notars ergeben sich aus den im Kaufvertrag enthaltenen Weisungen, die er streng zu befolgen und mit an ihrem Wortlaut orientierter Genauigkeit zu beachten hat, ohne dass es auf außerhalb des Antrags liegende Umstände ankommt (BGH, Urteil vom 17.02.1994 – IX ZR 158/93 Rn. 13, juris, NJW 1994, 1403; Urteil vom 18.11.1999 – BGH IX ZR 153/98 Rn. 20, juris, NJW 2000, 734; Beschluss vom 28.10.2010 – V ZB 70/10 Rn. 32 f, juris). Er hat auch nicht den Vertragsinhalt durch Auslegung zu ermitteln (BGH, Beschluss vom 20.01.2011 – V ZB 219/10 Rn. 7, juris; Beschluss vom 01.10.2015 – V ZB 171/14 Rn. 12, juris). Die Berücksichtigung sonstiger, nicht in der

Anweisung selbst enthaltener Umstände ist dem Notar verwehrt (BGH, Beschluss vom 28.10.2010 – V ZB 70/10 Rn. 33, juris; Beschluss vom 01.10.2015 – V ZB 171/11 Rn. 15, juris).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht Aufgabe des Notars und damit nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, über die materiellrechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung zu befinden. Die Pflicht, vollzugsreife Urkunden beim Grundbuchamt einzureichen, besteht auch dann, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärungen mit beachtlichen Gründen bestreitet (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 16, 40; Beschluss vom 05.02.2020 – V ZB 6/20, juris Rn. 6 f.). Der Beteiligte kann solche Einwendungen mit Aussicht auf Erfolg nur beim Prozessgericht geltend machen (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 45; Milzer, FGPrax 2022, 88, 89 beck-online); gegebenenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes (vgl. Grziwotz, IMR 2022, 160). Der Notar hat von dem Vollzug einer notariellen Urkunde nur dann abzusehen, wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar, also evident ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19.09.2019 – V ZB 119/18, NJW 2020, 610 Rn. 19 f.; zuletzt: BGH, Beschluss vom 09.12.2021 – V ZB 25/21, DNotZ 2022, 271 Rn. 5, beck-online).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen entspricht die angekündigte Vorgehensweise, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu veranlassen und damit die Auflassung zu vollziehen, den Amtspflichten des Notars.

a. Gemäß § 53 Beurkundungsgesetz ist der Notar verpflichtet, die Auflassung zu vollziehen. Danach hat der Notar beurkundete Willenserklärungen, die beim Grundbuchamt einzureichen sind, dort einzureichen, sobald dies möglich ist. Insoweit beschränkt die Anweisung in § 12 des Vertrages diese Pflicht des Notars lediglich dahingehend, dass er die Auflassung erst dann vollziehen darf, wenn der vereinbarte Kaufpreis gezahlt ist.

Diese Voraussetzung ist erfüllt. Der Kaufpreis wurde durch die Zahlung vom 21.07.2022 in voller Höhe von 99.000,00 € bezahlt.

Erfüllungswirkung durch die Überweisung, die ausdrücklich als Erfüllungsleistung gemäß § 4 des Kaufvertrages vorgesehen war und im Hinblick auf § 675t Abs. 1, 2 BGB und dem Unverzüglichkeitsprinzip spätestens am 22.07.2022 der Beschwerdeführerin auf ihrem Konto zur Verfügung gestellt wurde, trat mit der Gutschrift auf dem Gläubigerkonto spätestens am 22.07.2022 ein.

Damit war der nach dem Wortlaut des § 12 des Vertrages, der für den Notar bei der Anweisung nach § 53 BeurkG maßgeblich ist, geschuldete Kaufpreis, der in § 4 des Vertrages mit 99.000,00 € beziffert wurde, vollständig bezahlt.

b. Der erklärte Rücktritt führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Rücktritt von dem Kaufvertrag ist jedenfalls nicht offensichtlich wirksam. Nur wenn dies der Fall wäre, dürfte der Notar seine Tätigkeit nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO verweigern (BGH, Beschluss vom 01.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151, Rn. 21).

Zwar erklärte die Beschwerdeführerin, wirksam vertreten durch ihren Anwalt, mit dem Schreiben vom 22.07.2022 den Rücktritt vom Vertrag, wobei zum Datum des Zugangs nichts Genaues vorgetragen wurde.

Der Beschwerdeführerin stand aber kein Rücktrittsrecht zu, das sie – evident erwiesen – wirksam ausüben konnte.

aa. Insbesondere die Möglichkeit zur Ausübung eines gesetzliches Rücktrittsrechts war nicht offensichtlich gegeben.

Zwar liegen alle im Wortlaut des § 323 Abs. 1 BGB aufgezählten Tatbestandsvoraussetzungen zur Entstehung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts vor, allerdings war der Anspruch der Beschwerdeführerin nicht evident einredefrei und damit nicht evident durchsetzbar.

Mit dem notariellen Kaufvertrag UR-Nr. .../2021 vom 30.11.2022 schlossen die Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner unstreitig einen gegenseitigen Vertrag. Die Kaufpreiszahlung als vom Beschwerdegegner geschuldete Leistung war, wie in der Fälligkeitsmitteilung des Notars vom 07.12.2021 erwähnt, gemäß § 4 des Kaufvertrags am 30.04.2022 fällig.

Die Beschwerdeführerin erklärte mit Schreiben vom 30.06.2022 gegenüber dem Beschwerdegegner, dieser möge den Kaufpreis bis zum 15.07.2022 zahlen. Bei einer als wirksam unterstellten Fristsetzung wäre die Zahlung nach dem Ablauf dieser Nachfrist erfolgt.

Mangels (evident ersichtlicher) Durchsetzbarkeit des Anspruchs der Beschwerdeführerin konnte sie dem Beschwerdegegner nicht (offensichtlich) wirksam eine angemessene Frist zur Leistung setzen. Dies ist nur möglich, wenn das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des vollwirksamen und damit einredefreien Anspruchs vorliegt. Es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass sich der Schuldner auf die jeweilige (dilatorische oder peremptorische) Einrede beruft. Bereits ihr Bestehen schließt den Rücktrittsgrund des § 323 BGB aus (BGH NJW 2020, 2104 Rn. 40). Lediglich das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB steht einem Rücktritt stets nur dann entgegen, wenn es vom Schuldner geltend gemacht wird (vgl. BeckOK-BGB/H. Schmidt, 65. Ed. 01.02.2023, § 323 Rn. 5). Im vorliegenden Fall geht es hingegen um ein Leistungsverweigerungsrecht aus § BGB § 321 BGB.

(1) Dem Beschwerdegegner stand hierbei allerdings nicht, wie vom Notar angenommen und in dem Beschluss vom 28.11.2022 zur Begründung der Nichtabhilfe angeführt, ein „Zurückbehaltungsrecht“ und auch nicht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 Abs. 1 BGB zu.

Das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB greift nicht, wenn die Vorleistungspflicht eines Vertragspartners vereinbart ist. In der vorliegenden Konstellation war der Beschwerdegegner vorleistungspflichtig. § 12 des Kaufvertrags sieht vor, dass die Eigentumsumschreibung erst zu bewilligen und zu beantragen ist, wenn dem Notar der Verkäufer unverzüglich nach Erhalt des Geldes schriftlich bestätigt oder hilfsweise der Käufer durch Bankbestätigung nachgewiesen hat, dass der Kaufpreis (ohne etwaige Zinsen) bezahlt ist. Hieraus ergibt sich die Vorleistungspflicht des Beschwerdegegners. Dieser hat zuerst den Kaufpreis zu bezahlen, dann hat die Verkäuferin die Eintragung der Auflassung im Grundbuch über den Notar zu bewilligen (vgl. zur Annahme einer Vorleistungspflicht bei Grundstückskaufverträgen mit ähnlichen Klauseln: OLG München BeckRS 2015, 122641, Rn. 123 f.; BGH NJW 1995, 957).

(2) Der Beschwerdegegner konnte jedoch die Unsicherheitseinrede nach § 321 Abs. 1 BGB erheben bzw. jedenfalls ist dies nicht evident ausgeschlossen.

Wie bereits festgestellt, war der Beschwerdegegner aufgrund des § 12 des Kaufvertrags in einem gegenseitigen Vertrag vorleistungspflichtig. Bei der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises und der Pflicht zur Verschaffung des vertragsgemäßen Eigentums handelt es sich um die im Austauschverhältnis stehenden Hauptleistungspflichten.

Es ist zumindest möglich (und daher nicht evident ausgeschlossen), dass die mangelnde Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin erst nach dem Vertragsschluss erkennbar geworden ist.

Diese mangelnde Leistungsfähigkeit braucht – anders als in der alten Fassung des § 321 Abs. 1 BGB – nicht auf einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vorleistungsberechtigten zu beruhen. Unter den sonstigen drohenden Leistungshindernissen sind alle sonstige Umstände berücksichtigt, die eine Gefahr für die Leistungsfähigkeit des Vorleistungsberechtigten darstellen. Die Gesetzesmaterialien nennen als Beispiele für solche Risiken insbesondere Leistungshindernisse, die sich aus Export- oder Importverboten, Kriegsereignissen, Zusammenbrüchen von Zulieferern sowie aus der Krankheit des Vorleistungsberechtigten ergeben können (vgl. MüKo/Emmerich, BGB 9. Auflage 2022, § 321 Rn. 12). Zur Leistungsfähigkeit i.S.v. § 321 BGB gehört als deren willensmäßiger Teil die Bereitschaft des Vorleistungsberechtigten, die Gegenleistung ordnungsgemäß zu erbringen. Die fehlende Leistungsbereitschaft ist anzunehmen, wenn der Vorleistungsberechtigte die Gegenleistung ausdrücklich und endgültig verweigert oder sonst deutlich wird, dass der Leistungswille fehlt (vgl. Staudinger/Schwarze (2020) BGB § 321, Rn. 43).

Der unstreitige Umstand, dass der Sohn der Beschwerdeführerin das vertragsgegenständliche Wohnhaus (weiterhin) bewohnt, was die Beschwerdeführerin in einem Telefonat mit der Geschäftsstelle des Notars sowie in dem Schreiben an den Beschwerdegegner vom 30.06.2022 selbst bestätigte und auch für die weitere Zukunft in Aussicht stellte, stellt ein Leistungshindernis bezüglich der sich aus § 7 des Kaufvertrags ergebenden Verpflichtung der Beschwerdeführerin, den ungehinderten Besitz an dem Grundstück auf den Beschwerdegegner zu übertragen, dar. Die Beschwerdeführerin nannte im Schreiben vom 30.06.2022 als Gründe für die unterlassene Räumung des Grundstücks die Wohnungsknappheit aufgrund der hohen Anzahl von Geflüchteten im Zusammenhang mit dem (am 24.02.2022 begonnenen) Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine. Aus den Äußerungen der Beschwerdeführerin wird deutlich, dass sie nicht gewillt war bzw. sich aus den von ihr genannten objektiven Gründen nicht in der Lage sah, die Räumung des streitgegenständlichen Grundstücks durch den Sohn zu veranlassen. Damit ist ein Fall des fehlenden vertragsgerechten Leistungswillens bzw. eines sonstigen Leistungshindernisses nicht evident ausgeschlossen.

Dass der Sohn der Beschwerdeführerin letztlich irgendwann doch das Grundstück räumen wird und es sich aller Wahrscheinlichkeit nach bei dem Leistungshindernis um ein vorübergehendes handelt, ist mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH unerheblich. Der Vorschrift des § 321 Abs. 2 BGB, die dem Vorleistungspflichtigen ein Rücktrittsrecht einräumt, wenn der andere Teil nicht innerhalb einer ihm gesetzten angemessenen Frist Zug um Zug gegen die Leistung nach seiner Wahl die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit geleistet hat, lässt sich entnehmen, dass der Vorleistungsverpflichtete keinen den vertraglichen Vereinbarungen widersprechenden Schwebezustand hinnehmen muss. Der Anspruch des Vorleistungsverpflichteten ist also auch dann im Sinne der Vorschrift gefährdet, wenn in Folge des Leistungshindernisses zu befürchten

steht, dass die Gegenleistung nicht rechtzeitig erbracht werden wird (BGH NJW 2010, 1272, 1273).

So liegt es auch hier. Der Beschwerdegegner musste nicht (evident) den unklaren Zustand bezüglich der Frage hinnehmen, ob der Sohn der Beschwerdeführerin alsbald nach dem Eigentumsübergang das Haus räumen würde.

Das Leistungshindernis war bei Abschluss des Vertrags nicht (evident) erkennbar. Im Gegensatz zur alten Fassung ist die Unsicherheitseinrede sowohl dann anwendbar, wenn die mangelnde Leistungsfähigkeit des Vorleistungsberechtigten bereits bei Abschluss des Vertrages vorlag, als auch dann, wenn sie erst später eingetreten ist. Im zuerst genannten Fall freilich nur, wenn die mangelnde Leistungsfähigkeit des Vorleistungsberechtigten erst nach Abschluss des Vertrages erkennbar wird, d.h. deutlich hervortritt (MüKo/Emmerich, BGB 9. Auflage 2022, § 321 Rn. 13). Das heißt, es werden nur solche anfänglichen Risiken erfasst, die der Vorleistungspflichtige auch bei der gebotenen sorgfältigen Überprüfung der Leistungsfähigkeit des Vorleistungsberechtigten nicht erkennen konnte. Risiken, die bei Abschluss des Vertrages unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 BGB erkennbar waren, geben dagegen nicht die Unsicherheitseinrede nach § 321 Abs. 1 S. 1 BGB, und zwar, weil dann anzunehmen ist, dass der Vorleistungspflichtige diese Risiken durch Abschluss des Vertrages freiwillig übernommen hat.

Das Risiko, dass das Grundstück von dem Sohn der Beschwerdeführerin auch nach Kaufpreiszahlung bewohnt wird und bei der Eigentumsübertragung kein ungehinderter Besitz verschafft werden könnte, war bei Vertragsschluss nicht (evident) bekannt. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wird dem Grundstückskäufer bekannt sein, ob es sich um eine bewohnte oder unbewohnte Immobilie handelt. Letzterenfalls ist es in der Notarpraxis zwar üblich, die Räumung zum Fälligkeitserfordernis für die Zahlungsverpflichtung zu machen (vgl. Muster „Kaufvertrag Einfamilienhaus“ in: Beck’sches Notar-Handbuch, 7. Auflage 2019, § 1. Grundstückskauf, Rn. 988). Selbst wenn bei Kaufvertragsabschluss bekannt war, dass die Immobilie bewohnt war, lässt sich daraus aber nicht der offensichtliche Schluss ziehen, dass das Grundstück auch noch Monate später (nach der zeitliche gestreckten) Kaufpreiszahlung immer noch bewohnt sein wird. Nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin kam in der Zwischenzeit das Erschwertnis der Wohnungsverknappung durch die Flüchtlingswelle aus der Ukraine hinzu.

Zugunsten des Beschwerdegegners spricht auch die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der notariellen Kaufvertragsurkunde. Denn in § 7 des Vertrages wurde die ausdrückliche Erklärung der Beschwerdeführerin aufgenommen, diese kenne keine Lasten, die dem ungehinderten Besitz- oder lastenfreien Eigentumserwerb entgegenstehen könnten – insbesondere ist das Risiko, dass der Sohn keine Ersatzwohnung findet, dort nicht erwähnt. Die notarielle Kaufvertragsurkunde vom 30.11.2021 ist eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 ZPO. Solche Urkunden erbringen vollen Beweis darüber, dass die Erklärung mit dem niedergelegten Inhalt so, wie beurkundet, abgegeben wurde (vgl. BGH, Urteil vom 22.06.1965 – V ZR 55/64, WM 1965, 868, 870). Darüber hinaus besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (BGH, Urteil vom 5. Juli 2002 – V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165 mwN); es wird also vermutet, dass das, was im beurkundeten Text steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart ist (vgl. Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 11. Aufl., Rn. 24). Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände – sei es zum Nachweis eines vom Urkundentext abweichenden übereinstimmenden

Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) – beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen (BGH, Urteil vom 10.06.2016 – V ZR 295/14 –, juris-Rn. 7).

Eine Gefährdung des Anspruchs des Beschwerdegegners war jedenfalls nicht offensichtlich ausgeschlossen. Es muss nicht die Gefahr eines endgültigen Ausbleibens nachgewiesen werden, es genügt die Gefahr der Nichtleistung bei Fälligkeit. Die Leistungsfähigkeit muss nach der objektiven Sachlage so stark beeinträchtigt sein, dass nach vernünftigem Ermessen zu befürchten ist, die Gegenpartei werde zur vertragsgemäßen Bewirkung der Gegenleistung außerstande sein (vgl. RG 09.02.1910 – V 162/09, Recht 1910 Nr. 1230); der Anschein der Gefährdung genügt also nicht. Maßgeblich ist die Verkehrsanschauung und nicht die individuelle, vielleicht übertriebene Besorgnis des Vorleistungspflichtigen (vgl. Staudinger/Schwarze (2020) BGB § 321, Rn. 44). Der Bundesgerichtshof entschied unter Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien, dass eine solche die Einrede des § 321 Abs. 1 BGB begründende Gefährdung vorliegt, wenn die drohenden Leistungshindernisse geeignet sind, die Erbringung der Gegenleistung zu verhindern oder vertragswidrig zu verzögern, oder wenn eine vertragswidrige Beschaffenheit der Gegenleistung von einem Gewicht zu erwarten ist (BGH v. 11.12.2009 – V ZR 217/08 – juris Rn. 15 – NJW 2010, 1272, 1273; Beckmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § BGB § 321 BGB (Stand: 01.02.2023)). Ausweislich der §§ 5 – 7 des Kaufvertrags war es der übereinstimmende Wille der Parteien, dass zum Zeitpunkt der Eigentumsübertragung Dritte weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Weise der vollumfänglichen und ungehinderten Sachherrschaft des Erwerbers entgegenstehen können sollten. Der fortwährende Besitz eines Dritten am Grundstück stellt eine vertragswidrige Beschaffenheit von einem Gewicht dar. Denn selbst wenn eine Räumungsklage und –vollstreckung gegen den Dritten möglich ist, sind solche zivilrechtlichen Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren mit u.U. erheblichen Kostenrisiken und Zeitverzögerungen verbunden. Nach vernünftigem Ermessen ließ sich also die Befürchtung, dass die Beschwerdeführerin zur vertragsgemäßen Bewirkung der Gegenleistung außerstande ist, nicht evident ausschließen.

Auf seine Einrede verzichtete der Beschwerdegegner nicht (offensichtlich). Das Einverständnis des Beschwerdegegners mit dem dauerhaften Verbleib des Sohnes der Beschwerdeführerin in dem streitgegenständlichen Haus ist nicht evident gegeben. Es kann im vorliegenden Verfahren nicht ergründet und auch nicht unterstellt werden, dass der Beschwerdegegner eine Willenserklärung abgegeben hat, die von einem objektiven Dritten an der Stelle der Beschwerdeführerin so gedeutet werden konnte, dass der Beschwerdegegner den Willen zum Verzicht auf die Einrede zum Ausdruck bringen wollte. Die Aufnahme von Verhandlungen über einen Verbleib des Sohnes in der Wohnung reicht nicht für die Annahme eines eindeutigen Verzichtswillens aus. Zu einem Mietvertragsabschluss kam es nicht. Es dürfte naheliegen, dass der Beschwerdegegner eine unentgeltliche Raumleihe nicht wollte. Auch § 5 des Kaufvertrages (Garantie der Freiheit von Mietverträgen) kann nicht so verstanden werden, dass der Beschwerdegegner gegen eine unentgeltliche Gebrauchsüberlassung an Dritte keine Einwände hat. Vielmehr spricht das Scheitern der Mietvertragsverhandlungen dafür, dass der Beschwerdegegner eben nicht gewillt war, auf den ungehinderten Besitz zu verzichten und sich ohne ausreichenden Mietzins der Zugriffsmöglichkeit auf das auf dem Grundstück befindliche Haus zu begeben. Darüber hinaus spricht auch der noch vor der Fälligkeit der Kaufpreisszahlung aufgekommene Streit, sowie das Verhalten des Beschwerdegegners, der auf die vertraglich vereinbarte Leistung bestand, gegen seinen Willen, auf die Unsicherheitseinrede zu verzichten.

bb. Die Beschwerdeführerin konnte ein vertragliches Rücktrittsrecht nach § 4 der Kaufvertragsurkunde nicht (evident) wirksam ausüben.

Der Notar und das Beschwerdegericht dürfen den genauen Inhalt dieser (im Detail nicht eindeutigen) Klausel nicht durch Auslegung ermitteln (vgl. BGH, Beschluss vom 20.01.2011 – V ZB 219/10 Rn. 7, juris; Beschluss vom 01.10.2015 – V ZB 171/14 Rn. 12, juris). Zwar kommt nach dem Wortlaut dieser Klausel die Auslegung im Sinne eines vertraglichen Rücktrittsrechts in Betracht, das unabhängig von den sonstigen Voraussetzungen des Schuldnerverzugs den Rücktritt ermöglichen soll. Bei vertraglichen Rücktrittsrechten sind grundsätzlich die vereinbarten Voraussetzungen zu beachten, nicht diejenigen vergleichbarer gesetzlicher Rücktrittsrechte (vgl. BGH NJW 1982, 1036; NK-BGB/Hager, 4. Aufl. 2021, BGB § 346 Rn. 2). Da jedoch in der Klausel ausdrücklich eine „Mahnung“ verlangt wird, ist damit (zumindest teilweise) auf das gesetzliche Verzugsrecht (vgl. § 286 BGB) Bezug genommen. Die weitreichende Konsequenz, dass jedwede Zahlungsrückstände zum Rücktrittsrecht führen sollen, entspricht auch keineswegs genereller Notarpraxis (vgl. Muster „Kaufvertrag mit ratenweiser Kaufpreiszahlung“ in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 63. Edition 2023, Stand: 01.01.2023, Form. 8.1.4 Anm. 1-40, beck-online). Die Klausel kann vielmehr auch so verstanden werden, dass sie der Verkäuferin eine im Vergleich zu § 323 Abs. 1 BGB erleichterte Rücktrittsmöglichkeit (lediglich) dahingehend eröffnen soll, dass eine weitere Fristsetzung entbehrlich sein sollte, die sonstigen (gesetzlichen) Voraussetzungen des Schuldnerverzugs allerdings nicht abbedungen werden sollten. Für den (gesetzlichen) Schuldnerverzug gilt ebenso wie für die Nachfristsetzung beim Rücktritt die Voraussetzung, dass der Anspruch des Gläubigers durchsetzbar sein muss. Nicht in Verzug gerät daher der Schuldner einer einredebehafteten Forderung (vgl. MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, BGB § 286 Rn. 31). Aufgrund der (möglicherweise bestehenden und möglicherweise im hiesigen Zusammenhang relevanten) Einrede des § 321 Abs. 1 BGB (s.o.) ist es jedenfalls nicht evident ausgeschlossen, dass kein Schuldnerverzug vorlag. Daher ist es nicht evident, dass ein vertragliches Rücktrittsrecht bestand. Auch diese Frage kann nur ein Prozessgericht vollständig und letztverbindlich klären.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. §§ 81 Abs. 2 Nr. 2, 84 FamFG.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem Kaufpreis (§ 36 Abs. 3 GNotKG).

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die diesbezüglichen Voraussetzungen nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i.V.m. § 70 Abs. 2 FamFG nicht gegeben sind.