

Fall 12 - Lösungsskizze: Die vorgemerkte Hühnerfarm

Ausgangsfall

Ansprüche des K gegen V

K könnte gegen V einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Farmgrundstücks aus Kaufvertrag gem. § 433 I 1 haben.

A. Kaufvertragsschluss (formgerecht, § 311b I 1) (+)

B. Unmöglichkeit, § 275 I

Der Leistungsanspruch könnte jedoch wegen Unmöglichkeit gem. § 275 I ausgeschlossen sein. Unmöglichkeit meint die (grundsätzlich: dauerhafte) Unerbringlichkeit der Leistung jedenfalls für den Schuldner.

I. Wirksame Übereignung an A

Die Eigentums- und Besitzverschaffung an K könnte dem V hier wegen der Übereignung an A unmöglich geworden sein; dieser hat signalisiert, dass er unter keinen Umständen zur Hergabe des Grundstücks bereit ist, so dass eine Rückbeschaffung durch V tatsächlich ausscheidet, wenn A rechtsbeständig gem. §§ 873, 925 Eigentum erlangt hat. Hier ist eine ordnungsgemäße Auflassung zwischen dem (nach wie vor) Berechtigten V und dem Erwerber A erfolgt und wurde A eingetragen. Somit hat er Eigentum erworben.

II. Relative Unwirksamkeit gem. § 883 II

Die – an sich wirksame – Übereignung an A könnte jedoch (gerade) dem K gegenüber aufgrund der Vormerkung gem. § 883 II relativ unwirksam sein.

Die Vormerkung ist ein Sicherungsmittel eigener Art (h.M., also trotz Grundbucheintragung kein dingliches Recht), das einen obligatorischen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung sichert. Dies geschieht so, dass Zwischenverfügungen, die den vorgemerkten Anspruch beeinträchtigen, dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam sind, er also nach wie vor vom Schuldner Erfüllung und dazu wegen §§ 19, 39 GBO vom neuen Buchberechtigten Zustimmung zur Grundbuchänderung, § 888, verlangen kann. Ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 besteht hingegen nicht, da das Grundbuch durch die vormerkungswidrige Verfügung nicht (absolut) unrichtig wird; die Vormerkung bewirkt also keine Grundbuchsperre.

Das setzt voraus, dass K eine Vormerkung erworben hat und die Übereignung an A den gesicherten Anspruch des K vereiteln oder beeinträchtigen würde.

1. Bestehen einer Vormerkung zugunsten des K

a) Bewilligung einer Vormerkung durch V, § 885 (+)

Die (materiellrechtliche) Bewilligung des § 885 (und des § 899) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, kein Vertrag. Sie ist i.d.R. in der formalrechtlichen Eintragungsbewilligung gem. § 19 GBO enthalten (vgl. Palandt-Bassenge, § 885 Rn. 8, 14). Eine Vormerkung kann – wie

auch der Widerspruch – auch ohne Bewilligung aufgrund einstweiliger Verfügung eingetragen werden.

Die Vormerkung unterscheidet sich vom Widerspruch, mit dem sie ansonsten einige Gemeinsamkeiten aufweist, dadurch, dass sie eine zukünftige Rechtsänderung ankündigt und teilweise in den Wirkungen vorwegnimmt, während der Widerspruch den Grundbuchstand angreift und einen darauf gestützten redlichen Erwerb verhindert. Kurzformel: „Die Vormerkung prophezeit, der Widerspruch protestiert.“

- b) Eintragung der Vormerkung (+)
- c) Berechtigung des V (+)
- d) gesicherter (auch bedingter / künftiger, § 883 I 2) schuldrechtlicher Anspruch auf dingliche Rechtsänderung? (+), Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus Kaufvertrag gem. § 433 I 1

Man spricht häufig vom „Auflassungsanspruch“ und demzufolge von der „Auflassungsvormerkung“ – das ist nicht ganz korrekt: Es geht um den Anspruch auf Eigentumsverschaffung, vgl. § 433 I 1 – deshalb kann eine Vormerkung (natürlich) auch nach Auflassung noch bedeutsam sein. Man spricht deshalb genauer (aber weniger verbreitet) auch von „Eigentumsvormerkung“.

Die Vormerkung ist streng akzessorisch. Sie geht analog § 401 mit der Abtretung der gesicherten Forderung – ohne Eintragung im Grundbuch – auf den Zessionar über, und erlischt mit dieser Forderung. Das ist auch einleuchtend, da sie nur den Gläubiger in seiner berechtigten Erfüllungserwartung vor Zwischenverfügungen schützen will.

- e) Mithin hat K eine Vormerkung zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs erlangt.

2. Vormerkungswidrige Verfügung nach Eintragung

- a) Verfügung (+), Übereignung

Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf den Bestand eines Rechts einwirkt, durch Aufhebung, Übertragung, Inhaltsänderung oder Belastung.

- b) nach Eintragung der Vormerkung (+)
- c) Durch die Übereignung an A wird (= würde ohne die Vormerkungswirkung) die geschuldete und vormerkungsgesicherte Übereignung an K vereitelt.

3. Vormerkungswirkung: Deshalb ist die vormerkungswidrige Übereignung an A dem K gegenüber (relativ) unwirksam. K gegenüber ist daher V noch immer Eigentümer des Grundstücks und daher zur Übereignung an ihn imstande; der Anspruch ist mithin nicht wegen Unmöglichkeit, § 275 I, ausgeschlossen.

- C. K hat folglich gegen V einen Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks aus Kauf gem. § 433 I 1. Dieser Anspruch wird im Dezember fällig.

Problem ist nur, dass das Grundbuchamt den K auf Auflassung des V nicht eintragen wird, da nicht V, sondern A voreingetragen ist (§ 39 GBO). Deshalb muss K sich auch noch an A halten (können).

Ansprüche des K gegen A

A. § 894

K könnte gegen A einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung gem. § 894 haben. Dann müsste jedoch das Grundbuch (absolut) unrichtig sein. Da A allein dem K gegenüber nicht Eigentümer des Grundstücks ist, ist dies aber nicht der Fall.

B. § 888 I Fall 1

Wie bereits gezeigt, ist der Eigentumserwerb des A dem K gegenüber gem. § 883 II unwirksam. Deshalb kann K von A die grundbuchrechtliche Bewilligung (§ 19 GBO) seiner Eintragung auf die Auflassung zwischen V und K hin verlangen.

C. § 812 I 1 Fall 2

Ein Anspruch des K gegen A zur Bewilligung der Eintragung des K könnte sich auch aus § 812 I 1 Fall 2 ergeben. Zwar kann § 812 I 1 Fall 2 neben § 888 anwendbar sein (und weist die Vormerkung die Erwerbsmöglichkeit dem Vormerkungsberechtigten zu); seine Anwendung scheitert hier aber bereits daran, dass das Eigentum dem A durch V geleistet worden ist, so dass er sich bereicherungsrechtlich nur mit V auseinanderzusetzen braucht (Subsidiaritätsprinzip).

Grundsätzlich sollte man vorsichtig mit dem Subsidiaritätsgrundsatz umgehen, er ist kein starres Dogma, sondern nur eine Art Faustregel („es verbietet sich jede schematische Bewertung“). Hier passt er aber recht gut und erspart eine lange Diskussion bereicherungsrechtlicher Fragestellungen.

D. § 823 I

K könnte gegen A einen Anspruch auf Zustimmung zu As Eintragung als Eigentümer und auf Herausgabe des Grundstücks gem. § 823 I haben. Als geschütztes Recht kommen sowohl die Vormerkung als auch ein Anwartschaftsrecht des K in Betracht. Allerdings ist ein Anwartschaftsrecht des K mangels Auflassung nach keiner hierzu vertretenen Meinung entstanden. Die Vormerkung genießt nach h.M. den Schutz als „sonstiges Recht“ gem. § 823 I (Palandt-Bassenge, § 823 Rn. 9 m.w.N.; a.A. Paulus, JZ 1993, 555 – zu weitgehende Verdinglichung eines Anspruchs; für EBV-Analogie MüKo-Wacke, § 888 Rn. 37) – insbesondere gegen Verschlechterungen des Grundstücks; allerdings werden Vormerkung und vorgemerktetes Recht durch die Zwischenverfügung wegen § 883 II nicht verletzt, so dass ein Anspruch ausscheidet.

Abwandlung 1

Herausgabeanspruch des K gegen H

Durch die Fragestellung und die Vorgabe der Übereignung $V \rightarrow K$ wird hier der Anspruch des K gegen V auf Übereignung ausgeblendet. Angesichts des vorübergehenden Charakters der Pacht kam hier Unmöglichkeit als Ausschlussgrund nur in Gestalt der „vorübergehenden (Teil-) Unmöglichkeit“ (bzgl. der Besitzverschaffung und rechtsmangelfreien Übereignung) in Betracht.

Fraglich ist, ob und wann die vorübergehende Unmöglichkeit der endgültigen gleichsteht und zum Leistungsausschluss gem. § 275 I führt. Meistens wird gesagt, dass bloß vorübergehende Leistungshindernisse den Schuldner (nur) während ihrer Dauer von der Leistungspflicht

befreien, Schadensersatz wegen der Verzögerung schuldet er ggf. gem. §§ 280 I, II, 286. Eine Gleichstellung mit endgültiger Unmöglichkeit ist allenfalls dann möglich, wenn das vorübergehende Leistungshindernis die Erreichung des Geschäftszwecks in Frage stellt und den Parteien das Festhalten am Vertrag bis zum Wegfall des Leistungshindernisses nicht zuzumuten ist (vgl. Palandt-Heinrichs, § 275 Rn. 10 f.; zur vorübergehenden Unmöglichkeit in der Schuldrechtsreform: BT-Drs. 14/6040, S. 128f., 14/6857, S. 11, 47, 14/7052, S. 183).

M.E. ist durchaus fraglich, ob dabei auf die Sicht des Gläubigers überhaupt abzustellen ist, denn er kann sich – wenn er nicht warten will – nach § 323 (Frist ggf. sogar nach II entbehrlich) vom Vertrag lösen, ohne dass es auf ein Vertretenmüssen des Schuldners ankommt, ggf. kann er ferner nach §§ 280 I, III, 281 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Daher scheint es mir sachgerecht zu sein, einen endgültigen Leistungsausschluss gem. § 275 I bei vorübergehenden Leistungshindernissen nur dann anzunehmen, wenn ausnahmsweise dem Schuldner ein Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann.

K könnte gegen H einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks gem. § 985 haben.

A. K = Eigentümer

I. ursprünglich V

II. Übereignung V → K, §§ 873, 925 (+)

B. H = Besitzer (+)

C. H dürfte kein Recht zum Besitz haben, § 986 I. Ein solches könnte sich aus dem Pachtvertrag ergeben.

I. Ein Pachtvertrag gibt dem Pächter, hier H, gem. § 581 I 1 (bzw. bei der Landpacht gem. §§ 585 II, 581 I 1) ein Recht zum Besitz und zur Nutzung des Pachtgegenstandes gegenüber dem Verpächter, hier also zunächst gegenüber V. Ein Besitzrecht des H gegenüber dem K könnte sich aber aus dessen Eintritt in die Verpächterrolle gem. §§ 581 II, 578 I, 566 (bzw. bei der Landpacht §§ 593b, 566) ergeben. Hier erfolgte nach der Überlassung der Farm, der Besitzübergabe, an den Pächter H eine Veräußerung – Übereignung – durch den Verpächter V an K; dass diese bereits lange zuvor vereinbart worden war, ist unerheblich. Die Voraussetzungen eines Eintritts des K in den Pachtvertrag und damit eines Besitzrechts des H ihm gegenüber liegen also an sich vor.

Die Unterscheidung zwischen Pacht und Landpacht ist hier also letztlich unerheblich. Für die Abgrenzung bei einer Hühnerfarm kommt es maßgeblich darauf an, ob sie ein Betrieb der Massentierhaltung ist, der ausschließlich gekauftes Futter verwendet, oder ob sie das Futter oder einen Teil davon selbst anbaut (Bodennutzung) und insoweit „Landwirtschaft“ i.S.d. § 585 I 2 darstellt.

II. Jedoch könnte die Vormerkung zugunsten des K bewirken, dass der Pachtvertrag ihm gegenüber gem. § 883 II unwirksam ist und H somit ihm gegenüber doch kein Besitzrecht zusteht. Dass die Vormerkung des K wirksam bestellt worden ist, wurde bei der Lösung des Ausgangsfalls bereits festgestellt. Eine unmittelbare Anwendung des § 883 II scheitert allerdings bereits daran, dass es sich bei der Verpachtung nur um ein Verpflichtungsgeschäft, nicht aber um eine Verfügung über das Grundstück handelt. In Betracht kommt jedoch eine analoge Anwendung von § 883 II.

Voraussetzung einer Gesetzesanalogie ist, dass bei wortlautverhafteter Anwendung des Gesetzes eine interessen- und planwidrige Ungleichbehandlung vergleichbarer Lebenssachverhalte dadurch entstünde, dass eine interessengerechte Norm nur auf den einen Lebenssachverhalt Anwendung fände (vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken⁸, S. 146 ff.; *Pawlowski*, Einführung Methodenlehre, Rn. 165, 214).

1. Ungleichbehandlung von Vergleichbarem

Durch § 566 I trifft die Wirkung eines obligatorischen Vertrags – gleichsam ausnahmsweise (vgl. aber auch § 986 II) – auch den Einzelrechtsnachfolger des ursprünglich Verpflichteten; aus Sicht des Vormerkungsberechtigten ist das mit der Situation bei Einräumung eines dinglichen Nutzungsrechts vergleichbar. Gegen die zwischenzeitliche Bestellung eines dinglichen Nutzungsrechts würde ihn allerdings § 883 II unproblematisch absichern. Es werden daher zwei vergleichbare Sachverhalte vom Gesetz verschieden behandelt.

2. Interessen- und Planwidrigkeit

Ob diese Ungleichbehandlung interessen- und planwidrig oder aber sachgerecht ist, ist sehr umstritten.

- a) Der BGH (NJW 1989, 451; BGHZ 13, 1 [4]) und ein großer Teil der Lehre (etwa *M. Wolf*, Rn. 355; *Jauernig*, § 883 Rn. 17) sehen die gesetzliche Lösung als interessengerecht an und lehnen die Analogie daher ab. Diese Ansicht wird insbesondere mit dem § 566 zugrunde liegenden Anliegen des sozialen Mieterschutzes begründet sowie damit, dass der Mieter / Pächter in der Regel keinen Anlass habe, ins Grundbuch zu schauen. Der Erwerber hingegen könne bei Erwerb normalerweise wahrnehmen, dass das Grundstück vermietet / verpachtet worden ist. Die Vormerkung sichere auch nur den Eigentumserwerb, der durch die Verpachtung nicht in Frage gestellt sei – jene könne den Interessen des Erwerbers ja sogar entsprechen, da er immerhin grundsätzlich auch den Pachtzins erhalte.
- b) Eine wohl herrschende Lehre (*Canaris*, FS Flume I, 371 [393]; *Palandt-Bassenge*, § 883 Rn. 21; *Hager*, JuS 1990, 429 [434]; *Staudinger-Gursky*, § 883 Rn. 139) hält demgegenüber die Analogie zu § 883 II – jedenfalls für Pachtfälle wie den vorliegenden zu Recht – für zulässig und geboten. Wenn schon ein dinglich Nutzungsberechtigter nicht geschützt werde, so könne sich ein nur obligatorisch Berechtigter erst recht nicht gegen den Vormerkungsberechtigten durchsetzen (*argumentum a fortiori*); die Vormerkung diene der Sicherung des Berechtigten gegen die Vertragsuntreue des Verpflichteten, wie sie auch in der Verpachtung zum Ausdruck kommt. Dass kein Anlass zur Grundbucheinsicht bestehe, ist ein Zirkelschluss, denn gerade die analoge Anwendung des § 883 II gibt einen solchen Anlass. Im Gegenteil kann sich der Mieter vor Vertragsabschluss durch Grundbucheinsicht recht effektiv gegen böse Überraschungen schützen, während der Erwerber von einer Verpachtung nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und Vormerkungseintragung regelmäßig überrascht werde. Entspricht die Verpachtung wirklich einmal den Interessen des Erwerbers, kann er ihr durch Genehmigung zur Wirksamkeit verhelfen (vgl. RGZ 154, 355 [367]).

Der soziale Mieterschutz ist gewiss ein wichtiger Abwägungsfaktor jeder Gesetzesanwendung – besondere Bedeutung und verfassungsrechtliche Anerkennung kommen ihm aber nur bei der Wohnraummiete zu (vgl. auch die systematische Stellung des § 566). Und selbst bei der Wohnraummiete spricht letztlich alles dafür, das durch eine teilweise „Verdinglichung“ obligatorischer Rechte (§ 566) entstehende Problem auch durch (analoge) Anwendung der für dingliche Rechte geltenden Vorschriften (§ 883 II) zu lösen.

- c) Mit der wohl herrschenden Lehre ist deshalb § 883 II auf die Verpachtung eines Grundstücks analog anzuwenden.
- III. Daher ist der Pachtvertrag dem K gegenüber analog § 883 II relativ unwirksam; H kann aus ihm kein Recht zum Besitz gem. § 986 I herleiten.
- D. Anspruch (+); ein Anspruch aus § 812 I 1 Fall 2 besteht demgegenüber wohl jedenfalls wegen des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht.

Folgte man dem BGH und lehnte die Analogie ab, so würde aus dem Pachtvertrag ein Besitzrecht des H auch gegenüber K folgen, er müsste das Grundstück nicht vor Beendigung des Pachtvertrages durch Zeitablauf oder außerordentliche Kündigung herausgeben. Auch aus § 812 I 1 Fall 2 lässt sich der Herausgabeanspruch jedenfalls deshalb nicht ableiten, weil der Pachtvertrag dem H ein Besitzrecht gibt.

In diesem Falle müsste man Ansprüche des K gegen V prüfen. In der Verpachtung läge dann ein Rechtsmangel gem. § 435, der dem K die Rechte aus § 437 gibt. Nachbesserung dürfte hier mangels Bereitschaft des H zur Räumung für die Dauer des Pachtverhältnisses ausgeschlossen sein (zur vorübergehenden Unmöglichkeit vgl. oben), K kann jedoch zurücktreten (Rücktrittsrecht m.E. § 323 I, vertretbar § 326 V), mindern oder – angesichts der vorsätzlichen Verpachtung – Schadensersatz wegen Verzögerung (§§ 280 I, II, 286) und statt der Leistung (§§ 280 I, III, 281 bzw. 283) verlangen. Zu § 823 I vgl. oben.

Abwandlung 2

K könnte durch Auflassung und Eintragung Eigentum an dem Farmgrundstück gem. §§ 873 I, 925 erwerben.

- A. Auflassung zwischen V und K und Eintragung des K liegen vor.
- B. Allerdings war nicht V, sondern E Eigentümer des Grundstücks; V hat mithin als Nichtberechtigter verfügt. K könnte gem. § 892 redlich Eigentum erworben haben.
- I. Es geht um den verkehrsgeschäftlichen Erwerb eines Grundstücksrechts.
- II. Der Veräußerer V war im Grundbuch eingetragen, so dass ein Rechtsschein seiner Berechtigung bestand.
- III. K hatte keine (positive) Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs.
- IV. Allerdings war noch vor dem Rechtserwerb des K durch Eintragung ein Widerspruch zugunsten des E ins Grundbuch eingetragen worden, was den abstrakten guten Glauben des Grundbuchs beseitigt und nach § 892 I 1 den redlichen Erwerb – an sich – sperrt.
- V. Allerdings könnte auch hier dem K die bereits vor Eintragung des Widerspruchs eingetragene Eigentumsvormerkung helfen.
1. Dies setzt jedenfalls einmal voraus, dass eine Vormerkung gem. §§ 883, 885 zugunsten des K überhaupt entstanden ist.
- gesicherte Forderung (+), Übereignungsanspruch gegen V
 - Bewilligung des V (+)
 - Eintragung des K (+)
 - Berechtigung des V (-)
 - redlicher (Erst-)Erwerb der Vormerkung?

Die Vormerkung ist kein dingliches Recht, so dass jedenfalls § 892 nicht (direkt) angewendet werden kann. Gleichwohl ist die Möglichkeit des redlichen Ersterwerbs der Vormerkung allgemein

anerkannt, hergeleitet wird sie etwa aus § 893 direkt (so wohl BGHZ 57, 341 [342 f.]: die Vormerkung sei als „besonders geartetes Sicherungsmittel geeignet, dem geschützten Anspruch in gewissem Rahmen dingliche Wirkung zu verleihen“; damit bewirke sie eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks – ihre Bestellung sei daher als eine Verfügung anzusehen) oder analog oder aus einer Gesamtanalogie zu §§ 892, 893. Die genaue Konstruktion kann dahinstehen.

- (1) verkehrsgeschäftlicher Erwerb (+)
- (2) Rechtsschein des Grundbuchs zugunsten des V (+)
- (3) keine Kenntnis des K von der Unrichtigkeit (+)
- (4) kein Widerspruch bei Eintragung der Vormerkung (+)

f) Damit hat K eine Eigentumsvormerkung redlich (erst-)erworben.

2. Nach § 883 II bietet die Vormerkung Schutz vor beeinträchtigenden Verfügungen (*Verfügungsschutz* bzw. *Sukzessionsschutz*); dies hilft K hier jedoch nicht weiter, da der Widerspruch keine Verfügung ist und einer solchen auch nicht gleichgestellt werden kann (Palandt-Bassenge, § 883 Rn. 21 a.E.). K möchte vielmehr den gesicherten Anspruch durchsetzen und das vorgemerkte Recht erwerben – es geht ihm also um *Erwerbsschutz*.

Bereits das Reichsgericht (RGZ 121, 44 [46 f.]) hat der Vormerkung die Wirkung beigemessen, die Erfüllung des gesicherten Anspruchs sicherzustellen und damit den Erwerb des betreffenden Grundstücksrechts zu gewährleisten. Durch die Eintragung der Vormerkung werde „die dingliche Wirkung des Anspruchs vorweggenommen“. Mit der Vormerkung sei der „Grund für die Erfüllbarkeit des Anspruchs gelegt, und der Erwerb des Rechts selbst vollzieht sich unabhängig von der weiteren Entwicklung des Grundbuchinhalts und dem guten Glauben des Berechtigten“. Dies entspricht heute – im Ergebnis – auch der ganz herrschenden Ansicht (vgl. BGH, NJW 1981, 446 [447]; Hager, JuS 1990, 429 [438] m.w.N.).

Allerdings ist diese Wirkung der Vormerkung – von der das Reichsgericht wie selbstverständlich ausgeht – dem BGB nicht zu entnehmen und darf daher nicht begründungslos vorausgesetzt werden. § 883 II regelt nur den Schutz gegen Verfügungen, nicht aber die „Konservierung“ des guten Glaubens. Auch weiteren Vorschriften, die den Erwerb des Vormerkungsberechtigten etwa gegen die Insolvenz des Veräußerers schützen (§ 106 InsO, vgl. auch §§ 884 BGB, 48 ZVG) kann der umfassende Erwerbsschutz im Falle des redlichen Erwerbs nicht entnommen werden, da sie zunächst nur das Verhältnis zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Bewilligenden (= Buchberechtigten) nebst seinen Gläubigern und Rechtsnachfolgern regeln – nicht aber das Verhältnis zum wahren Berechtigten. Schließlich greift es auch zu kurz, den Erwerbsschutz allein damit zu begründen, dass der redliche Vormerkungserwerb ansonsten nahezu leerliefe (so aber Prütting/Stern/Wiedemann, S. 85 f.). Denn zum einen sind dies (Möglichkeit und Wirkung des redlichen Erwerbs) zwei grundsätzlich voneinander zu trennende Fragen und zum anderen hat die gutgläubig erworbene Vormerkung jedenfalls die Bedeutung, bei fortbestehendem guten Glauben den redlichen Erwerb des vorgemerkten Rechts gegen weitere Verfügungen des Buchberechtigten zu schützen.

Jedoch überzeugt der Hinweis insbesondere von *Rimmelspacher* (Kreditsicherungsrecht, Rn. 643), dass redlicher Erwerb den Rechtsverkehr schützen soll – und das im Rechtsverkehr betätigte,

berechtigte Vertrauen. Gerade bei Grundstücksgeschäften erstrecken sich Erwerbsvorgänge jedoch häufig über eine längere Zeit – etwa im Hinblick auf die Erforderlichkeit behördlicher Erklärungen (Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts, Negativattest der Bau- und Denkmalschutzbehörden etc.) oder aber auch auf noch erforderliche Vermessungen oder schließlich, wenn der letztliche Erwerb von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängen soll – an die die Auflassung gem. § 925 II nicht geknüpft werden kann. In all diesen Fällen soll die Vormerkung den Erwerb gegen alle Unbill sichern, nimmt sie den Erwerb gleichsam vorweg und wird häufig in der Praxis auch als Anknüpfungspunkt für die Fälligkeit der Gegenleistung genommen. Es besteht also ein großes Bedürfnis nach der Möglichkeit, frühzeitig „Gewissheit“ über das Gelingen des Erwerbs zu gewinnen, um Dispositionen treffen zu können. Dafür kann mit der herrschenden Ansicht die Erlangung einer Vormerkung herangezogen werden. Also bietet die Vormerkung im Ergebnis den bereits vom Reichsgericht angenommenen Erwerbsschutz.

A. A. sehr gut vertretbar, aber absolute Mindermeinung.

3. Es steht mithin fest, dass der K als Inhaber einer Eigentumsvormerkung seinen Übereignungsanspruch auch durchsetzen kann, obwohl inzwischen ein Widerspruch des E eingetragen worden ist. Fraglich ist allein noch, ob K allein durch die Übereignung durch V erwerben konnte oder ob er der Mitwirkung des E bedarf.
 - a) Nach herrschender Meinung (vgl. *Rimmelspacher*, Rn. 648 f. m.w.N.) bedarf es keiner Mitwirkung des E – der Widerspruch bewirkt keine Grundbuchsperre, so dass das Grundbuchamt K als Eigentümer eingetragen hat; für die Bewertung des redlichen Erwerbs aufgrund dieser Übereignung kommt es aber im Rahmen des § 892 I 1 wegen der Vormerkung nur noch darauf an, ob der Widerspruch im Zeitpunkt der Vormerkungsentstehung eingetragen war. Dies war nicht der Fall.
 - b) Dieser einfachen Lösung ist entgegengehalten worden, dass die Vormerkung die Gutgläubensvorschriften nicht in der geschilderten Weise umgestalten könne. Vielmehr sei eine Lösung im Vormerkungsrecht zu suchen und in § 888 zu finden. Ihm sei – in analoger Anwendung – hier ein Anspruch des K gegen den E auf Zustimmung zur Eigentumsübertragung (§ 185) oder gar auf Auflassung zu entnehmen, so dass der Eigentumserwerb dann vom Berechtigten erfolge; die bereits geschehene Übereignung V → K wäre bis zur Genehmigung des E unwirksam.
 - c) Dagegen spricht jedoch entscheidend, dass damit zum einen die Natur des Anspruchs aus § 888 unzulässig modifiziert würde (statt eines Anspruchs auf grundbuchrechtliche Bewilligung nun ein Anspruch auf materiell-rechtliche Zustimmung) und dass diese Lösung zum anderen den Berechtigten grundlos schlechter stelle, indem sie ihm den späteren Beweis der anfänglichen Bösgläubigkeit des Erwerbers abschneide (*Hager*, JuS 1990, 429 [438]). Deshalb ist der herrschenden Meinung zu folgen.
4. Deshalb kommt es für den Eigentumserwerb des K infolge der Übereignung gem. §§ 873, 925 im Rahmen des § 892 I 1 wegen der Eigentumsvormerkung allein auf den Zeitpunkt der Vormerkungsentstehung an. Dort war noch kein Widerspruch des E eingetragen.

C. K kann daher (gutgläubig) gem. §§ 873, 925, 892 I 1 Eigentum erwerben.

Abwandlung 3

D könnte gem. §§ 873 I, 925 Eigentum an dem Grundstück erworben haben.

- A. Auflassung (+), zwischen V und D am 01.11.
- B. Eintragung des D (+), am 01.12.
- C. Berechtigung des V (-)
- D. gutgläubiger Erwerb gem. § 892?
 - I. Verkehrsgeschäft (+)
 - II. Grundbucheintragung des Veräußerers V (+)
 - III. keine Kenntnis des D von der Nichtberechtigung des V (+)
 - IV. kein Widerspruch

Im Zeitpunkt des möglichen Eigentumserwerbs des D am 01.12. war ein Widerspruch zugunsten des berechtigten E eingetragen. Jedoch könnte D – wie K in Abwandlung 2 – gleichwohl gutgläubig Eigentum erwerben, wenn er vor Eintragung des Widerspruchs im August eine Eigentumsvormerkung erworben hätte, die für ihn die Möglichkeit des Rechtserwerbs konserviert.

Der Buchberechtigte V hat dem D keine Vormerkung bestellt. D könnte die Vormerkung aber im Wege des Zweiterwerbs von K erworben haben. Die Vormerkung haftet als akzessorisches Sicherungsmittel an der gesicherten Forderung und wird daher zusammen mit dieser – analog § 401 I – übertragen.

1. K hat hier seinen – aus dem wirksamen Kaufvertrag mit V tatsächlich bestehenden, vermeintlich vormerkungsgesicherten – Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Grundstücks gem. § 433 I 1 bereits am 25.07. wirksam gem. § 398 an D abgetreten.

Merke: Angesichts der strengen Forderungsakzessorietät der Vormerkung kommt ein redlicher (Erst- oder Zweit-) Erwerb nur in Betracht, wenn die (vermeintlich) gesicherte Forderung tatsächlich besteht – und beim Zweiterwerb tatsächlich an den Zweiterwerber abgetreten wird (Ausn. nur § 405).

2. Mit der Abtretung wäre eine dem K zustehende Eigentumsvormerkung analog § 401 I auf D übergegangen. Fraglich ist daher, ob K eine Vormerkung erworben hatte.
 - a) Der gesicherte Anspruch des K bestand gegen den Buchberechtigten V, dieser hat die Vormerkung auch bewilligt, und sie wurde zugunsten des K eingetragen. Jedoch war V nicht Eigentümer des Grundstücks und daher Nichtberechtigter.
 - b) Ein redlicher Ersterwerb des K gem. § 893 oder analog §§ 892, 893 scheitert – anders als in Abwandlung 2 – an der positiven Kenntnis des K von der Nichtberechtigung des V.
 - c) Eine Vormerkung zugunsten des K ist daher nicht entstanden, D konnte die Vormerkung daher auch nicht analog § 401 I erwerben.
3. Möglicherweise konnte D jedoch seinerseits die (nicht bestehende) Vormerkung gutgläubig erwerben (so genannter redlicher Zweiterwerb).

- a) Gegen die Möglichkeit des redlichen Zweiterwerbs analog §§ 892, 893, also des Erwerbs einer zuvor nicht bestehenden Vormerkung durch wirksame Zession des tatsächlich bestehenden und vermeintlich vormerkungsgesicherten Anspruchs an einen gutgläubigen Zessionar, wird – von der wohl herrschenden Lehre (etwa *Baur/Stürner*, § 20 Rn. 52) – im Wesentlichen vorgebracht, dass in Bezug auf die Vormerkung oder das betroffene Grundstücksrecht keine – von §§ 892 f. vorausgesetzte – Verfügung stattfindet, sondern allein in Bezug auf den gesicherten Anspruch. Die Vormerkung gehe vielmehr analog § 401 kraft Gesetzes auf den Zessionar über. Beim Erwerb kraft Gesetzes gebe es hingegen – gerade auch nach Ansicht der Rechtsprechung – grundsätzlich keinen redlichen Erwerb (vgl. hierzu schon Fall 9), bzw. gebe es ihn allenfalls dann, wenn er rechtsgeschäftlich vermittelt sei und insoweit den einschlägigen Publizitätserfordernissen Rechnung getragen werde.
- b) Der BGH (BGHZ 25, 16 [23 f.]) nimmt hingegen die Möglichkeit eines solchen redlichen Zweiterwerbs der Vormerkung vom eingetragenen Vormerkungsberechtigten ohne weiteres an; er führt dazu aus, dass allgemein anerkannt sei, dass „§ 893, soweit es sich um Verfügungen handelt, auch auf die Vormerkung Anwendung findet“; die allgemeine Anerkennung bezieht sich freilich wohl nur auf den Ersterwerb. Immerhin liegt auch – insoweit genau parallel zur Hypothek, deren redlicher Zweiterwerb gem. § 892 allgemein anerkannt ist und vom Gesetz auch in §§ 1155, 1138 vorausgesetzt wird – eine rechtsgeschäftliche Vermittlung durch die Abtretung vor.
- c) Ein gewichtiger Unterschied zur Hypothek liegt jedoch – neben der Tatsache, dass es dort eine Regelung gibt – darin, dass die Übertragung einer Hypothek an bestimmte Formen gebunden ist, die dem sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz genügen (vgl. § 1154), während sich der Vormerkungszweiterwerb außerhalb des Grundbuchs abspielt und nicht einmal ein Vormerkungsbrief o.Ä. als Ersatz existiert. Fraglich ist damit, ob ein hinreichender Rechtsschein als Anknüpfungspunkt für einen redlichen Zweiterwerb der Vormerkung besteht.
- d) Ein hinreichender *Rechtsschein* könnte bereits in der Eintragung des Verfügenden als Vormerkungsberechtigtem liegen – er ist eigentlich nach sachenrechtlichen Grundsätzen (vgl. § 891) *legitimiert*; indes beschränkt sich der Publizitätsgrundsatz nicht nur darauf, dass der Veräußernde sich auf eine solche Stellung berufen kann, sondern dass er seine Rechtsverschaffungsmacht durch „Übertragung“ des Publizitätsträgers demonstriert. (Übergabe bei beweglichen Sachen; Eintrag des Erwerbers in das Grundbuch bei Immobilien, auch Übergabe des Hypothekenbriefes bei der Briefhypothek) Ein besonderes Publizitätserfordernis hat das Gesetz bei der Vormerkungsübertragung gerade nicht errichtet, was mit dem Zweck der Vormerkung korrespondiert. Der gutgläubigen Zweiterwerb der Hypothek dient dazu, diese als Kreditsicherungsmittel – mittelbare natürlich auch die gesicherten Kredite – umlauffähiger zu machen, ein Gedanke, der auf die Vormerkung, die allein der Sicherung der Erfüllung eines auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruches dient, freilich nicht ganz passt. Die Vormerkung ist nicht auf Verkehrsfähigkeit angelegt, weswegen auch eine dementsprechende Regelung des Zweiterwerbs im Einklang mit dem Publizitätsgrundsatz fehlt. Auch § 893 liefert kein zwingend anderes Ergebnis. Zwar erfordert er

bei Verfügungen über ein eingetragenes Recht außer der Legitimation über einen Grundbucheintrag keinen Publizitätsakt bei der *Rechtsänderung*; dies aber gerade deswegen, weil nur Verfügungen erfasst sind, die nicht den Erwerb des Rechtes, der nach hier vertretener Ansicht Vergleichsmaßstab ist, zum Gegenstand haben. (Palandt / Bassenge, § 893 Rn. 3) (a.A. *Rimmelspacher*, Rn. 630 ff. m.w.N.).

- e) Damit scheidet ein redlicher Vormerkungserwerb des D damit wegen des Widerspruchs auch ein redlicher Eigentumserwerb aus.

Nach der sehr gut vertretbaren Gegenmeinung ist ein redlicher Zweiterwerb analog §§ 892, 893 immer dann möglich, wenn der Zedent im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter ausgewiesen ist, so konnte der redliche D hier mangels am 25.07. eingetragenen Widerspruchs des E die Vormerkung redlich erwerben – sie ist in seiner Person entstanden.

E. D konnte kein Eigentum an dem Grundstück erwerben.